



Autorzy

Anna Barańska, Łukasz Chyla, Damian Dobosz, Mikołaj Duś,
Aleksandra Fiutowska, Justyna Glinka, Michał Gregorczyk,
Mateusz Grześkow, Maksymilian Gurbisz, Paweł Karkowski, Jan Kluza,
Iwo Jarosz, Piotr Olechowski, Marta Pietrzak, Bartłomiej Pyka,
Wojciech Rożdżeński, Konrad Sączek, Lidia Sokołowska,
Weronika Stefaniuk, Joanna Szumańska, Monika Utracka, Anna Wszółek

Recenzenci

prof. Kazimierz Baran, prof. Ewa Ferenc-Szydełko, prof. Fryderyk Zoll,
dr hab. Dariusz Szostek, dr hab. Andrzej W. Wiśniewski,
dr Tomasz Bakalarz, dr Jacek Dybiński, dr Marcin Glicz,
dr Mateusz Grochowski, dr Sławomir Maciejewski, dr Jerzy Modrzejewski,
dr Piotr Sitarek, dr Artur Tomanek, dr Marcin Żak

Skład i korekta językowa

Wydawnictwo Kasper
www.wydawnictwokasper.pl

Kolegium Redakcyjne

Marcin Biskupski, Angelika Ciżyńska, mgr Paweł Dziwiński, Tomasz Guzik,
Michał Krudysz, Anna Mazur (p.o. Redaktora Naczelnego),
mgr Ariel Mucha, mgr Mateusz Nowak, mgr Michał Warzycki

Adres redakcji

ul. Straszewskiego 25/9, 31–007 Kraków
internetowypp@gmail.com, www.ipp.tbsp.pl

Wydawca

Towarzystwo Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
ISSN 1689–9601

W związku z usunięciem artykułu z zakresu stron 127–139 dokonano
odpowiedniego przesunięcia numeracji stron w numerze.

Spis treści

Anna Barańska

Słów kilka o pozycji arbitra we włoskim prawie arbitrażowym..... 5

Łukasz Chyla

**Problematyka wpływu zmiany stosunków
na wykonanie zobowiązań w świetle art. 357 (1) k.c..... 14**

Damian Dobosz

**Nowe zasady podejmowania działalności gospodarczej
w Prawie Przedsiębiorców..... 29**

Mikołaj Duś

**Ustanowienie rozdzielności majątkowej z mocą wsteczną – między
ochroną dobra rodziny a naruszeniem interesów osób trzecich..... 40**

Aleksandra Fiutowska

**Dopuszczalność powództwa o ustalenie związania zapisem
na sąd polubowny w trybie art. 189 k.p.c. wobec ograniczenia
kognicji sądu powszechnego w sprawach poddanych
rozstrzygnięciu sądu polubownego 50**

Michał Gregorczyk

**Downstream mergers w prawie polskim – zagadnienia
prawnohandlowe przejęcia odwrotnego i kierunki zalecanej regulacji ... 57**

Mateusz Grześków

**O dopuszczalności zawarcia umowy ubezpieczenia D&O
na rzecz członka zarządu bez zgody organu właścicielskiego
w świetle art. 15 § 1 k.s.h..... 69**

Maksymilian Gurbisz

**Uregulowanie prokury łącznej niewłaściwej w kodeksie cywilnym
i doniosłość konsekwencji prawnych z tym związanych 79**

Iwo Jarosz

**Konstrukcja prawna wniesienia do spółki osobowej wkładu
niepieniężnego ze szczególnym uwzględnieniem nieruchomości 90**

Paweł Karkowski

**Odpowiedzialność cywilna członka zarządu za zobowiązania
spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przypadku
niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości 109**

Piotr Artur Olechowski

Prawo cytatu na tle prawnoporównawczym 118

Bartłomiej Pyka, Monika Utracka

**Ustanowienie trustu w drodze testamentu – próba
określenia prawa właściwego oraz dopuszczalności
w świetle księgi czwartej kodeksu cywilnego 127**

Wojciech Rożdżeński

Umowa o leczenie w ujęciu prawnoporównawczym 137

Jan Kluza, Konrad Sączek

**Odpowiedzialność za „Inne naruszenie cudzych praw autorskich
lub praw pokrewnych” jako nieuzasadniona ochrona karna.
Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 15/13 150**

Lidia Sokołowska

**Modern Arbitrability Models – Between Uniformity
and Diversity of the Rule 164**

Weronika A. Stefaniuk

**Możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki
kapitałowej – analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego 177**

Joanna Szumańska

**Prawo do modyfikacji umowy oraz do ograniczenia ryzyka jej
niewykonania w międzynarodowym obrocie gospodarczym 189**

Marta Pietrzak, Anna Wszolek

**Szczególny zakres ochrony patentowej wynalazku
biotechnologicznego w kontekście strony podmiotowej
przestępstwa przywłaszczenia projektu wynalazczego 198**

Anna Barańska¹

Słów kilka o pozycji arbitra we włoskim prawie arbitrażowym

Streszczenie:

Tematem artykułu jest włoskie prawo arbitrażowe, ze szczególnym uwzględnieniem pozycji sędziego w postępowaniu przed sądem polubownym. Analizie poddane zostały przepisy włoskiej procedury cywilnej, które regulują kwestię przebiegu postępowania arbitrażowego we włoskim porządku prawnym. W pracy opisane zostały zasady, wedle których toczy się przedmiotowe postępowanie. Podkreślony został również fakt, jak silna jest w tym zakresie pozycja stron, które w przeważającej mierze mogą ukształtować postępowanie wedle własnego uznania. Omówiony został także problem bezstronności składu orzekającego w postępowaniu przed sądem polubownym oraz ewentualnej odpowiedzialności arbitrów za błędy bądź zaniechania podczas sprawowania swojej funkcji.

Słowa kluczowe: arbitraż, prawo włoskie, arbiter, zasady postępowania arbitrażowego, sąd polubowny

1. Wstęp

Kwestia pozycji arbitra w postępowaniu przed sądem polubownym to zagadnienie analizowane nie tylko we włoskiej doktrynie, ale również na arenie międzynarodowej. Na gruncie włoskiego Kodeksu postępowania cywilnego (*Codice di procedura civile*) punktem wyjścia dla tych rozważań jest z pewnością art. 816 *bis* c.p.c.² Na jego

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego i aplikantką w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury. Interesuje się prawem cywilnym nie tylko w polskim porządku prawnym.

² *Decreto Legge, testo coordinato* z dnia 31 sierpnia 2016 r. n. 168, *Gazzetta Ufficiale* z dnia 29 października 2016 r.

podstawie nie jest jednakże możliwe sformułowanie jednoznacznej odpowiedzi, kogo należy uważać za gospodarza tego szczególnego rodzaju postępowania, a tym samym komu należy przyznać decydujący głos odnośnie jego przebiegu. W pierwszej kolejności bowiem szereg uprawnień kształtujących jego charakter zostało przyznanych umawiającym się stronom. Nie można jednak tracić z pola widzenia, iż ostatecznie to właśnie skład orzekający będzie zmuszony wydać stosowny wyrok, który winien być wynikiem dogłębnej i swobodnej oceny wszelkich, istotnych w sprawie okoliczności. W konsekwencji nieuniknionym jest, iż w trakcie jego trwania może dochodzić do konfliktów pomiędzy pozostającymi w sporze stronami a składem orzekającym. Brak szczegółowych regulacji odnośnie przebiegu tego typu postępowania rodzi również szereg problemów natury proceduralnej, których rozwiązanie jawi się czasem jako niezwykle trudne.

2. Zasady, według których toczy się postępowanie arbitrażowe

Nie może budzić wątpliwości, iż gospodarzem postępowania sądowego jest jego przewodniczący. Wynika to wprost z brzmienia art. 175 c.p.c., który stanowi, iż sędzia ten zobligowany jest prowadzić je w sposób rzetelny i bez zbędnej zwłoki, a także zgodny z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym. Regulacja ta jednakże odnosi się jedynie do sytuacji, w których sprawa toczy się przed sądem państwowym, a orzeczenie wydawane jest przez sędziów zawodowych.

Zasada ta nie znajduje natomiast zastosowania odnośnie postępowań toczących się przed sądem polubownym, o których stanowi art. 816 *bis* c.p.c. W przypadku przedmiotowych spraw – w pierwszej kolejności – to umawiające się strony mają możliwość zdecydowania o zasadach, na jakich będzie się toczyć dotyczące ich postępowania arbitrażowe. Co warte jednakże podkreślenia, swoboda ta nie jest nieograniczona i strony nie mają możliwości wyłączenia fundamentalnych zasad procesu charakterystycznych dla demokratycznego państwa prawa, takich jak choćby zasada kontradyktoryjności, czy bezstronności sądu. Reguły te ponadto muszą zostać ustanowione w formie pisemnej, w osobnym dokumencie, zanim rozpocznie się postępowanie, dla którego zostały stworzone.

Jeśli natomiast strony zrezygnują z tego uprawnienia i wspomnianego dokumentu nie sporządzą, to osobami władnymi do określenia przedmiotowych zasad oraz języka, w jakim będzie się toczyć dane postępowanie, są arbitrzy. Tym niemniej, również oni muszą mieć na uwadze podstawowe zasady sprawiedliwego procesu. W doktrynie zaznacza się przy tym, iż raz ustanowione przez arbitrów zasady nie mogą być już następnie modyfikowane podczas trwania określonego postępowania³.

Ustanowione w ten sposób abstrakcyjnie reguły, nawet bardzo precyzyjne, nie są jednakże w stanie sprostać wszelkim sytuacjom, które mogą się wystąpić podczas

³ Por. F. Tizi, *Direzione del procedimneto e costi dell'arbitrato*, *Rivista dell'arbitrato*, 2016, nr 3, s. 529. W kwestii tej odmiennie wypowiedział się *Corte di Cassazione* w wyroku z dnia 21 września 1999 r., n. 10192. Pogląd ten spotkał się jednakże z szeroką krytyką doktryny; por. E. Fazzalari, *Sulla liberta delle forme del processo arbitrale*, *Rivista dell'arbitrato*, 1999, s. 637.

konkretnego procesu. W konsekwencji również i postępowanie przed sądem polubownym nie jest wolne od dyskrejonalnej władzy sędziowskiej, która w konkretnych przypadkach może mieć istotny wpływ na jego przebieg i czas trwania, a także koszty z nim związane. Jako przykład można tu podać powołanie biegłego lub sekretarza sądu arbitrażowego.

Problem ten jawi się o tyle jako istotny, iż art. 813 *bis* c.p.c. przewiduje jedynie możliwość zmiany określonego arbitra w przypadku, gdy zwleka bądź w ogóle nie wykonuje swoich powinności. Nie jest natomiast możliwe – na mocy tego przepisu – odwołanie z funkcji sędziego osoby, która postępuje wbrew zasadom ustanowionym dla danego postępowania arbitrażowego. Co więcej, wydany z naruszeniem takowych zasad wyrok sądu polubownego jest w pełni prawomocny i nie może zostać zaskarżony, o ile nie doszło do pogwałcenia zasad, które strony ustanowiły z wyraźnym zastrzeżeniem, iż ich naruszenie będzie skutkowało możliwością unieważnienia wyroku (art. 829 ust. 1 pkt 7 c.p.c.)⁴.

W praktyce problem ten często pojawia się w przypadku powołania przez skład orzekający sądu polubownego biegłego wbrew woli stron. Kwestię tę dodatkowo komplikuje fakt, iż brak jednoznacznej regulacji prawnej, kto jest zobowiązany do poniesienia kosztów takowej konsultacji⁵.

Wydaje się jednak, iż odmówienie arbitrowi możliwości powołania w danej sprawie biegłego, którego ekspertyza jest konieczna do wyjaśnienia pewnych, istotnych dla sprawy okoliczności, w sposób zbyt istotny ograniczałoby jego możliwość swobodnego kształtowania swoich przekonań odnośnie sprawy, co następnie wpływałoby również na ocenę zgromadzonych dowód oraz wydany w sprawie wyrok. Dlatego też włoska doktryna stoi zasadniczo na stanowisku, iż arbiter ma prawo zasięgnąć opinii specjalisty, o ile sam nie posiada wiedzy koniecznej do poczynienia stosownych ustaleń i właśnie w związku z tą wiedzą został wybrany przez umawiające się strony do rozstrzygnięcia ich sporu⁶. Jako przykład można tu podać skład, którego członkami są lekarze, a mimo to powołują kolejnego biegłego z zakresu bliskich im dziedzin.

Kontrowersje budzi natomiast sytuacja, w której dochodzi do zasięgnięcia opinii biegłego z zakresu prawa. Z jednej bowiem strony arbiter, odmiennie niż sędzia zawodowy, nie musi koniecznie posiadać prawniczego wykształcenia, a tym samym zastosowania w tym przypadku nie znajduje zasada *iura novit cura*. Z drugiej jednak rozważania wymaga kwestia, czy w taki sposób nie dochodzi do wydania wyroku przez osobę trzecią, nienależącą do wybranego przez strony składu. Na pytanie to należy odpowiedzieć przecząco. Podkreślenia wymaga, iż samo wydanie opinii nie przesądza jeszcze, czy arbiter z niej skorzysta, a tym bardziej, czy powieli jej treść w wydanym przez siebie wyroku. Dlatego też wydaje się, iż dopiero udowodnienie ewentualnie takiego powielenia

⁴ Por. F. Tizi, *op.cit.*, s. 532.

⁵ Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze brak dogłębnej analizy tej kwestii. Odnośnie tego zagadnienia wypowiedział się *Tribunale Ordinario di Roma* w wyroku z dnia 2 maja 1995 r. (*Gius*, 1995, s. 1415), w którym to stwierdził, iż koszty takowe ponoszą strony, jeśli to właśnie do nich zwróci się z roszczeniem biegły.

⁶ Por. F. Tizi, *op.cit.*, s. 535.

mogłoby stanowić przyczynę dla podważenia danego rozstrzygnięcia. W przeciwnym razie opinię tę należy potraktować tak samo jak ekspertyzę z każdej innej dziedziny wiedzy, która pozostaje poza obszarem znajomości arbitra.

Na zakończenie tej części rozważań należy jednakże podkreślić, iż powołanie biegłego przez sędziego wbrew woli umawiających się stron, choć zasadne i niestanowiące podstawy dla uchylenia wyroku, nie przesądza jeszcze o tym, kto poniesie w danym przypadku koszty takowej ekspertyzy. W konsekwencji możliwym jest, iż w konkretnej sytuacji to skład orzekający, a nie strony będą zobowiązane do uiszczenia przedmiotowej należności⁷.

Mimo iż arbiter w postępowaniu przed sądem polubownym nie jest jego gospodarzem w pełnym tego słowa znaczeniu, to na mocy art. 816 *bis* ust. 3 c.p.c. ma on możliwość wydawania orzeczeń w postaci *lodo non definitivo* oraz *ordinanza*, które mają za zadanie rozstrzygać kwestie zarówno merytoryczne, jak proceduralne pojawiające się w trakcie trwania procesu, a których rozpatrzenie konieczne jest jeszcze przed jego zakończeniem poprzez wydanie *lodo definitivo*. W tym miejscu warto jednakże zaznaczyć, że choć to od sędziego zależy, w której formie wyda dane rozstrzygnięcie, to nie przesądza to jeszcze definitywnie o rzeczywistej postaci konkretnego orzeczenia. Przyjmuje się bowiem, iż faktycznie decydująca jest treść danego wyrzeczenia, a nie jego nazwa. Ma to o tyle znaczenie, iż rozstrzygnięcie określonej kwestii w formie *lodo non definitivo* w sposób bezpowrotny zamyka drogę do ponownego orzekania w tym zakresie. Orzeczenie w postaci *ordinanza* natomiast może w każdym momencie zostać zmienione lub uchylone⁸.

Uprawnienie przyznane arbitrom w art. 816 *bis* ust. 3 c.p.c. nie ma charakteru bezwzględnego i może zostać ograniczone lub wyłączone na podstawie porozumienia stron odnośnie zasad prowadzenia danego postępowania przed sądem polubownym. Warto jednakże podkreślić, iż wydanie takowych orzeczeń, mimo ustanowionego przedmiotowego zakazu, nie powoduje ich nieważności, a jedynym skutkiem może być obarczenie składu orzekającego ewentualnymi, dodatkowymi kosztami procesu, które zostały w związku z tym wygenerowane⁹.

3. Bezstronność składu orzekającego w postępowaniu przed sądem polubownym

Posiadanie przez sąd takich przymiotów, jak niezależność, bezstronność i niezawisłość jest bezsporna w przypadku postępowania toczącego się przed organami państwowymi, gdzie wybór osoby sędziego odbywa się w sposób arbitralny. Co więcej, strony mają prawo zgłaszać swoje zastrzeżenia, jeśli ich zdaniem bezstronność konkretnego sędziego budzi wątpliwości.

Zapewnienie przestrzegania tej konstytucyjnej zasady nie wydaje się już natomiast tak proste na gruncie postępowania arbitrażowego, gdzie to umawiające się strony

⁷ *Ibidem*, s. 537; G.F. Ricci, *La consulenza tecnica nell'arbitrato*, *Rivista dell'arbitrato*, 2003, nr 1, s. 16.

⁸ M. Bove, *La giustizia privata*, Trento 2015, s. 188–189.

⁹ Por. F. Tizi, *op.cit.*, s. 541.

wybierają członków składu orzekającego¹⁰. To oczywiście wiąże się z tym, iż decydują się one na osoby im przychylne i gotowe wydać korzystny dla nich wyrok. Co więcej, nadanie tej zasadzie rangi konstytucyjnej uniemożliwia również wyłączenie jej stosowania na podstawie porozumienia, o którym mowa w art. 816 *bis* c.p.c.¹¹

Problem ten na gruncie prawa włoskiego – dotychczas bezskutecznie – próbowano rozwiązać na różne sposoby. Zwolennicy jednego z poglądów postulowali za nadaniem kluczowej roli przewodniczącemu składu, którego głos miałby równoważyć stronnictwo pozostałych członków. Ze stanowiskiem tym nie sposób się jednak zgodzić, gdyż akceptuje ono sytuację, w której nie wszystkich sędziów cechuje wymagana bezwzględnie bezstronność¹². Podnoszono również głosy, iż niezgodne z doświadczeniem życiowym oraz zasadami logiki jest oczekiwanie od sędziego wybranego przez jedną ze stron takiego samego poziomu bezstronności, jak od przewodniczącego składu bądź arbitra powołanego wspólnie przez obie z umawiających się stron¹³. Akceptacja tej tezy godzi jednak w porządek konstytucyjny, gdyż zezwala na łamanie *il principio di imparzialità* w postępowaniu arbitrażowym.

W sposób definitywny włoski Sąd Najwyższy wypowiedział się natomiast odnośnie powoływania do składu orzekającego sądu polubownego osób powiązanych ze spółką, która jest jedną ze stron pozostających w sporze. Zdaniem *La Corte Suprema* zapis na sąd polubowny, na mocy którego arbitrami ustanawia się członków rady nadzorczej umawiającej się spółki, należy uznać za nieważny¹⁴.

We włoskiej doktrynie szeroko rozpatrywana jest również kwestia udziału w składzie orzekającym osoby współpracującej na co dzień z pełnomocnikiem jednej ze stron. Na chwilę obecną brak niemniej jednolitego stanowiska odnośnie tego zagadnienia. Powszechnie akceptowany jest pogląd, iż fakt dzielenia jednej powierzchni biurowej sam w sobie nie przesądza jeszcze o braku bezstronności arbitra. Konflikt interesów pojawia się już natomiast jeśli osoby te faktycznie ze sobą współpracują i występuje między nimi swoista zależność, czy to na gruncie finansowym, czy organizacyjnym¹⁵.

Mając na uwadze powyższe, należy przychylić się do stanowiska wyrażonego przez *La Corte Suprema* w wyroku z dnia 29 listopada 1999 roku, w którym to stwierdził, iż dla skutecznego zapewnienia przestrzegania *il principio di imparzialità* umawiające się strony winny wspólnie wybierać arbitra. Na chwilę obecną rozwiązanie to zostało przyjęte przez prawodawcę włoskiego w art. 34 *decreto legislativo* 5/03¹⁶ dotyczącym spółek handlowych.

¹⁰ O *principio di imparzialità* stanowi art. 111 ust. 2 *Costituzione della Repubblica Italiana*.

¹¹ C. Colesanti, *Volonta delle parti e regolamenti arbitrali*, *Rivista di diritto processuale*, 2011, nr 2, s. 246; E. Fazzalari, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, *Rivista dell'arbitrato*, 1998, s. 481.

¹² Por. A. Ronco, *Dialogo sulla ricusazione degli arbitri*, *Giurisprudenza Italiana*, 2003, s. 1975; V. Sangiovanni, *L'avvocato – arbitro nell'art. 61 del nuovo codice deontologico forense*, *Contratti*, 2015, nr 4, s. 396.

¹³ Por. M. Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, *Rivista dell'arbitrato*, 1997, s. 448.

¹⁴ Por. Wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 30 marca 2007 r., n. 7972, *Società*, 2007, nr 9, s. 1104; wyrok *Corte di Cassazione* z dnia 11 października 2006, n. 21816, *Impresa*, 2007, nr 1, s. 124.

¹⁵ P. Pellegrinelli, *Puo dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?*, *Rivista dell'arbitrato*, 2016, nr 3, s. 558.

¹⁶ *Decreto Legislativo* z dnia 17 stycznia 2003, n. 5, *Gazzetta Ufficiale* z dnia 22 stycznia 2003 r., nr 17.

Strona, która ma zastrzeżenia do bezstronności danego arbitra, nie jest jednakże pozbawiona możliwości obrony. Jej forma zależna jest jednak od typu postępowania arbitrażowego, których we włoskim porządku prawnym są dwa. I tak, w przypadku *arbitrato rituale* strona ma możliwość odwołania się do instytucji wyłączenia sędziego, którą przewiduje art. 815 c.p.c. W przypadku zaistnienia jednej z taksatywnie wymienionych tam przesłanek, strona może w ciągu 10 dni od nominacji danego arbitra lub dowiedzenia się o istnieniu przeszkody zawnieść o jego wyłączenie.

W postępowaniu arbitrażowym w postaci *arbitrato irrituale* każda ze stron ma natomiast możliwość – zgodnie z art. 1726 c.c.¹⁷ – odwołania przyznanego uprzednio arbitrowi pełnomocnictwa (*mandato collettivo*), co z kolei z oczywistych przyczyn uniemożliwi mu wydanie wyroku. Jeśli natomiast dojdzie już do wydania wyroku (*lodo irrituale*), możliwe jest jego unieważnienie w związku z powołaniem się na naruszenie norm prawa powszechnie obowiązującego, tj. konstytucyjnej zasady gwarantującej bezstronność sędziów¹⁸.

4. Odpowiedzialność sędziów na łamach postępowania arbitrażowego

Wybrany do orzekania przed sądem polubownym zobowiązuje się do wydania wyroku (*lodo definitivo*) na podstawie umowy, którą zawierają z nim pozostające w sporze strony. To jednostronnie zobowiązujące porozumienie, choć nie zostało zdefiniowane w *Codice civile*, to w sposób kompleksowy regulowane jest w *Codice procedura civile*. Na podstawie przedmiotowej umowy arbitrzy nie tylko zobowiązują się do wydania *lodo definitivo*, ale również do tego, iż będą prowadzić postępowanie w sposób rzetelny i bez zbędnej zwłoki, a także nie zrezygnują z powierzonej im funkcji bez uzasadnionego powodu. Odpowiedzialność każdego arbitra ma charakter indywidualny, a uchybienie któremukolwiek ze wspomnianych obowiązków skutkuje – na podstawie art. 813 *ter* c.p.c. – utratą prawa do umówionego wynagrodzenia oraz zwrotu poniesionych wydatków, a także, w określonych przypadkach, powstaniem obowiązku naprawienia szkody. Ponadto, odpowiedzialność sędziów została na gruncie art. 813 *ter* ograniczona do przypadków umyślności i rażącego niedbalstwa. W sytuacji zaś, gdy doszło już do wydania wyroku (*lodo definitivo*), to pociągnięcie danego sędziego do odpowiedzialności możliwe jest tylko i wyłącznie po skutecznym uchyleniu przedmiotowego orzeczenia i to właśnie z jednego z powodów, o których mowa w art. 813 *ter* c.p.c.

Zgodnie z brzmieniem art. 813 *bis* c.p.c. strony mogą zastąpić sędziego, który nie wywiązuje się ze swoich obowiązków umyślnie lub w związku z rażącym niedbalstwem. W takiej sytuacji wyboru nowego arbitra strony mają możliwość dokonać na trzy sposoby. Po pierwsze, poprzez wspólny wybór nowego członka składu. Po drugie, poprzez zwrócenie się do osoby trzeciej o pomoc w tym zakresie. Ostatnią możliwością jest zaś dokonanie tego wyboru przez przewodniczącego właściwego dla sprawy sądu polubownego.

¹⁷ Decreto legislativo z dnia 15 marca 2017 r. n. 38, *Gazzetta Ufficiale* z dnia 30 marca 2017 r., nr 75.

¹⁸ P. Pellegrinell, *op.cit.*, s. 561.

Kolejnym przypadkiem, w którym możliwe jest pociągnięcie danego sędziego do odpowiedzialności jest sytuacja, w której odmawia on dalszego udziału w postępowaniu bez uzasadnionej przyczyny, której istnienie jest on zobligowany udowodnić. Choć brak w tym zakresie legalnej definicji, to wydaje się, iż chodzi tu o okoliczności niezależne od sędziego, których wystąpienia nie mógł on wcześniej przewidzieć, takich jak np. choroba¹⁹.

Dalszego udziału w toczącym się postępowaniu arbitrzy mają prawo natomiast odmówić w sytuacji, gdy jego dalszy przebieg w sposób oczywisty byłby sprzeczny z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym. Zgodnie z brzmieniem art. 817 *septies* c.p.c. sędziowie nie mogą również zostać pociągnięci do odpowiedzialności za niewywiązanie się ze swoich obowiązków, jeśli przerwą procedowanie w związku z nieuczynieniem zadość ich żądaniu pokrycia z góry przewidywanych wydatków, bądź zapłaty należnej im zaliczki. Określenie kwoty takowych roszczeń nie może natomiast stanowić jednostronnej decyzji składu orzekającego²⁰.

Sędziowie sądu polubownego zobowiązani są nie tylko wydać wyrok, ale również uczynić to w określonym przez strony lub ustawę terminie. Co jednakże istotne, sama zwłoka nie stanowi jeszcze powodu do uchylenia *lodo definitivo*, a tym samym nie stwarza automatycznie możliwości do pociągnięcia danego składu do odpowiedzialności na podstawie art. 813 *ter*. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 821 c.p.c., by strona mogła skutecznie powołać się na upływ terminu, musi uprzednio poinformować o tym zarówno stronę przeciwną, jak i arbitrów. W przeciwnym razie traci ona możliwość uchylenia tak wydanego wyroku²¹.

W tym miejscu rozważenia wymaga jeszcze sytuacja, w której choć dochodzi do wydania *lodo definitivo* w terminie, to nie zostaje on podany do wiadomości stronom, bądź zostaje, ale z takim opóźnieniem, które uniemożliwia jego skuteczne zaskarżenie. Wydaje się, że wykluczenie odpowiedzialności sędziów w takiej sytuacji stoi w jawnej sprzeczności z logiką i poczuciem sprawiedliwości. Z drugiej jednak strony, taka wykładnia prowadzi do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności określonej w art. 813 *ter*, którego treść nie pozostawia wątpliwości, iż każdorazowo wymagane jest uprzednie uzyskanie stosownego wyroku. We włoskiej doktrynie brak, na chwilę obecną, jednoznacznego stanowiska w tej kwestii. M. Bove podnosi, iż tak rygorystyczna interpretacja wspomnianego przepisu wydaje się być nieracjonalna²². Podobny pogląd zaprezentował również Punzi.

Wyrok, po przeprowadzeniu postępowania przed sądem polubownym, musi zostać wydany nie tylko w terminie, ale również spełnić pewne podstawowe wymogi prawne. Dlatego też, na mocy art. 813 *ter* ust. 2 c.p.c., stosowanie *legge n. 117 del 1988*²³ stanowiącego o odpowiedzialności cywilnej sędziów, zostało rozszerzone również na arbitrów. Zgodnie z art. 2 przywołanego aktu prawnego sędzia odpowiada za wydanie na skutek

¹⁹ M. Bove, *Responsabilita degli arbitri*, *Rivista dell'arbitrato*, 2014, nr 2, s. 268.

²⁰ *Ibidem*, s. 269.

²¹ *Ibidem*, s. 270.

²² *Ibidem*, s. 276; tak też C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, s. 499–500.

²³ *Legge* z dnia 13 kwietnia 1988 r. n. 117, *Gazzetta Ufficiale* z dnia 15 kwietnia 1988 r., nr 88.

rażącego niedbalstwa orzeczenia, które w sposób oczywisty narusza porządek prawny, bądź potwierdza lub neguje okoliczność, której istnieje lub brak nie powinien budzić żadnych wątpliwości. Odnosząc to do postępowania arbitrażowego wydaje się, iż arbiter może zostać pociągnięty do odpowiedzialności tylko, jeśli naruszy prawo bądź popełni *error iuris*. W istniejącym stanie prawnym nie jest natomiast możliwe skuteczne pociągnięcie do odpowiedzialności arbitra w związku z zaistnieniem błędu co do faktu. Każdorazowo pociągnięcie arbitra do takowej odpowiedzialności wymaga bowiem uprzedniego uchylenia wadliwego wyroku. W *Codice procedura civile* próżno zaś szukać normy, na podstawie której możliwe byłoby zaskarżenie rozstrzygnięcia wydanego w takim postępowaniu, które naznaczone byłoby błędem co do faktu.

Jak zostało zaznaczone na wstępie, sędzia, który uchybił swoim obowiązkom w sposób przewidziany w art. 813 *ter* c.p.c., może zostać pociągnięty do odpowiedzialności, co skutkuje utratą przez niego prawa do wynagrodzenia, zwrotu poniesionych wydatków oraz koniecznością naprawienia wyrządzonej swoim zachowaniem szkody. Jeśli jednakże nie działał umyślnie, to wysokość należnego odszkodowania została ustawowo ograniczona do trzykrotności ustalonego uprzednio wynagrodzenia.

5. Podsumowanie

Postępowanie arbitrażowe zyskuje w dzisiejszych czasach coraz bardziej na znaczeniu. Zwłaszcza jego zastosowanie w obrocie gospodarczym wydaje się być nieocenione. Nie można jednakże zapominać, iż postać arbitra jest w nim równie istotna, jak umawiających się stron. Bo choć to te ostatnie dają początek samemu postępowaniu, to bez wyroku wydanego przez arbitrów spór nigdy nie zostałby zażegnany.

Mnogość problemów i wątpliwości, które związane są z osobą sędziego w postępowaniu przed sądem polubownym, bez wątpienia związana jest z brakiem jednoznacznych regulacji oraz faktem, iż w zakresie tym ogromną swobodą dysponują umawiające się strony, które rzadko zwracają uwagę na aspekty proceduralne. To z kolei wielokrotnie stawia w trudnej sytuacji samych arbitrów, którzy w związku ze sprawowaną funkcją są zobowiązani dążyć do wydania wyroku sprawiedliwego, który będzie jednakże przy tym zgodny z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym. Nie posiadając jednakże pozycji równej sędziom zawodowym, nie są oni w stanie w sposób tożsamy wpływać na toczące się postępowanie, nie sprzeciwiając się przy tym dodatkowo woli pozostających w sporze stron.

* * *

Remarks on the Position of Arbitrator in Italian Arbitration Law

Topic of this article takes into account position of the judge before the arbitration court according to Italian law. The provisions of the Italian civil procedure, which govern the conduct of arbitration in the Italian legal system, have been analyzed. The paper describes the rules according to which the proceedings are being conducted. It also emphasized the fact that

the position of the parties is strong. They can largely shape the proceedings at their own discretion. The issues of the impartiality of the composition of the arbitral tribunal proceedings and the arbitrators' liability for errors or omissions in the performance of their functions were also discussed.

Key words: arbitration, italian law, arbitration rules

Mgr Łukasz Chyla¹

Problematyka wpływu zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań w świetle art. 357 (1) k.c.

Streszczenie:

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problemu wpływu zmiany okoliczności na zobowiązania kontraktowe stron w kontekście klauzuli *rebus sic stantibus*. W związku z coraz większą dynamiką stosunków gospodarczo-prawnych instytucja ta, zawarta w art. 357 (1) k.c., stanowi od lat źródło wielu kontrowersji i wątpliwości o charakterze interpretacyjnym. Praca przedstawia przede wszystkim podstawowe problemy polskiej regulacji – szczegółowej analizie poddane są przede wszystkim wątpliwości interpretacyjne dotyczące poszczególnych przesłanek stosowania art. 357 (1) k.c., a także środki dostępne dla stron w przypadku uruchomienia instytucji *rebus sic stantibus*. Artykuł stanowi także ostrożną próbę uchwycenia kierunku zmiany, w którym w przyszłości podążać może polski ustawodawca odnośnie konstrukcji klauzuli *rebus sic stantibus*.

Słowa kluczowe: klauzula *rebus sic stantibus*, nadzwyczajna zmiana stosunków, art. 357 (1) k.c.

¹ Magister prawa z wyróżnieniem Wydziału Prawa i Administracji UJ pod opieką prof. Andrzeja Szumańskiego. Stypendysta Grantu Naukowego SYLFF (The Ryoichi Sasakawa Young Leaders Fellowship Fund) w Australii, stypendysta wymiany bilateralnej z Melbourne Law School (jednej z najlepszych Szkoły Prawa na Świecie) oraz Bucerius Law School w Hamburgu. Absolwent Szkoły Prawa Amerykańskiego UJ oraz Stypendium KKG i Columbus Law School w Waszyngtonie. Autor licznych wystąpień konferencyjnych na konferencjach ogólnopolskich i międzynarodowych. Autor i współautor kilkunastu artykułów naukowych z zakresu prawa cywilnego, gospodarczego i handlowego, arbitrażu i prawa własności intelektualnej.

1. Wstęp

We współczesnym, dynamicznie rozwijającym się obrocie międzynarodowym, zobowiązania umowne poddane są często poważnym i głębokim wstrząsom, wywołanym przemianami o społecznym i gospodarczym charakterze². Wzmoczone zainteresowanie problematyką klauzuli *rebus sic stantibus* w Polsce można zaobserwować w związku z wybuchającymi sporadycznie światowymi kryzysami finansowymi³. Na wstępie należy zaznaczyć, że zagadnienie wpływu zmiany stosunków na zobowiązania należy dziś do grupy najbardziej kontrowersyjnych problemów prawa prywatnego⁴. Dzieje się tak, ponieważ związane jest ono z zakresem obowiązywania zasady *pacta sunt servanda* (ang. *sanctity of contract*), która chroni pewność obrotu gospodarczo-prawnego. W międzynarodowej praktyce kontraktowej (coraz częściej także w zagranicznych rozwiązaniach legislacyjnych) od lat zyskuje tymczasem uznanie tendencja, by porzucić rygorystyczny wydzźwięk zasady *pacta sunt servanda* na rzecz bardziej liberalnej koncepcji. Wynika to ze zrozumienia ryzyka, jakie niesie ze sobą bezwzględne stosowanie tej zasady – zwłaszcza pod postacią uzyskania skutków niepożądanych społecznie i rażąco niesprawiedliwych. Sytuacja taka godziłaby w równowagę kontraktową stron i prowadziłaby do zachwiania zasadami słuszności. To właśnie pod pojęciem klauzuli *rebus sic stantibus* kryje się konstrukcja pozwalająca dostosowywać literalne brzmienie umowy do istotnej zmiany warunków i okoliczności w taki sposób, by prawnie chronić jej strony dotknięte negatywnymi skutkami zmiany stosunków społecznych i gospodarczych⁵. W doktrynie podejmowano już liczne próby teoretycznego uzasadnienia dla funkcjonowania klauzuli *rebus sic stantibus* jako pewnego wyłomu w zasadzie „świętości i nienaruszalności” umów (*pacta sunt servanda*). Do koncepcji takich można zaliczyć między innymi teorię sprawiedliwości, teorię uczciwości i sumienności, teorię siły wyższej, teorię nieprzewidywalności, ekwiwalentności oraz wspólnej woli stron⁶.

W Polsce instytucję klauzuli *rebus sic stantibus* reguluje art. 357 (1) k.c.⁷, który w opinii znacznej części doktryny nie spełnia dostatecznie swojej roli, odstając przy tym od ustawodawstwa zagranicznego i międzynarodowego, jak również od osiągnięć współczesnej praktyki kontraktowej w tym zakresie. Przede wszystkim, brzmienie polskiej tzw. dużej klauzuli *rebus sic stantibus* zostało sformułowane w sposób na tyle ogólny i nieprecyzyjny, że wywołuje ono szereg wątpliwości interpretacyjnych, w tym spory doktrynalne na tle jej poszczególnych przesłanek. Ponadto, wskazuje się na nadmierny rygoryzm i formalizm polskiej regulacji – zwłaszcza w kontekście zauważalnego światowego trendu

² J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 3, s. 4.

³ E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus – współczesne zastosowania*, Gdańskie Studia Prawnicze 2010, t. XXIV, s. 177.

⁴ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań – cz. I*, MoP 2005, nr 11, s. 539.

⁵ A. Szumański, *Ochrona prawna strony umowy dotkniętej skutkami zmiany okoliczności (Analiza prawno-porównawcza)*, PiP 1994, nr 7-8, s. 59.

⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania. Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 9-17.

⁷ Ustawa z 23.04.1964 r., Kodeks cywilny (Dz.U.2016.380 j.t. z późn. zm.).

do zastępowania klasycznej koncepcji niewzruszalnej umowy „statycznej” przez nową konstrukcję umowy żywej i „ewoluującej”. Stąd też coraz częściej pojawiają się liczne postulaty dotyczące kierunków nowelizacji i zmian konstrukcji klauzuli *rebus sic stantibus*. Chociaż nie stanowią one przedmiotu niniejszego opracowania, można tu tytułem przykładu wymienić nie tylko modelowe Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów (ang. *Principles of European Contract Law*)⁸, ale również propozycje Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, czy poszczególne projekty przedstawicieli doktryny, jak choćby autorski projekt A. Brzozowskiego. Celem poniższego artykułu jest analiza i omówienie głównych problemów i niejasności znanych polskiej regulacji, a także próba odpowiedzi na pytanie, czy ich skala prowadzi do wniosku o konieczności nowelizacji art. 357 (1) k.c.

2. Wątpliwości dotyczące zakresu stosowania klauzuli *rebus sic stantibus*

Klasyczna kontrowersja dotyczy stosunku klauzuli *rebus sic stantibus* do zasady *pacta sunt servanda*, wynikającego z niejasnej redakcji i umiejscowienia artykułu art. 357 (1) k.c. w systemie prawa prywatnego. Zdaniem większości jurystów, artykuł ten stanowi klasyczny wyjątek od zasady, że „umów należy dotrzymywać”⁹. Wskazuje się przede wszystkim, że tylko zmiana stosunków o szczególnym charakterze może naruszać integralność zasady niewzruszalności umów¹⁰. Uznaje się tradycyjnie, że art. 357 (1) k.c. wymaga restrykcyjnej wykładni w związku z zasadą, że wyjątków nie można formułować w sposób rozszerzający¹¹ (*exceptiones non sunt extendendae*). Część doktryny sprzeciwia się jednak takiemu rozumowaniu. Przykładowo, A. Szumański stawia tezę, że klauzula *rebus sic stantibus* zyskała status donioślejszy aniżeli tylko wyjątku od zasad niewzruszalności umów. Jego zdaniem, ma ona podobną moc prawną jak autonomia woli stron [353 (1) k.c.], zasada realnego wykonywania zobowiązań (art. 354 k.c.), czy właśnie rzeczona *pacta sunt servanda*¹². Na popularności zyskuje też pogląd o wzajemnie uzupełniającym charakterze obu zasad. Pozwala to bowiem na odzwierciedlenie rzeczywistej woli stron, datowanej na chwilę zawierania umowy o określonej treści¹³. Tak rozumiana klauzula *rebus sic stantibus* miałaby stanowić nie tyle wyjątek od zasad trwałości i pewności obrotu prawnego, ale wręcz ich faktyczne umocnienie.

Do kolejnych podstawowych kwestii spornych należy źródło zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*¹⁴. Znacząca część doktryny uznaje, że powinna je stanowić

⁸ O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law, Part I and II prepared by The Commission of European Contract Law*.

⁹ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 8; A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 540.

¹⁰ Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus w znowelizowanym kodeksie cywilnym*, NP nr 10-12/1990 s. 46.

¹¹ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 540.

¹² A. Szumański, *Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1994, s. 232.

¹³ A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 1997, s. 747; J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 5.

¹⁴ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 126-140.

wyłącznie umowa¹⁵, co z kolei wymaga analizy możliwych rodzajów świadczeń (jednorazowych, okresowych, ciągłych)¹⁶. W doktrynie istnieją również rozbieżności co do tego, czy klauzula *rebus sic stantibus* może znaleźć zastosowanie do rodzajów umów, w których kontraktujące strony biorą na siebie ryzyko o szczególnym charakterze, jak ma to miejsce w przypadku umów ubezpieczenia albo umów opcji walutowych¹⁷. Kontrowersje wywołuje także kwestia, czy klauzula może znaleźć zastosowanie do zobowiązań o charakterze pozaumownym (*per analogiam*), takich jak np. zobowiązana ustawowe¹⁸. Przeciwno tej tezie padają argumenty, że wykładnia systemowa nie powinna być brana pod uwagę, jeżeli pozostałe dyrektywy interpretacyjne wskazują co innego¹⁹.

3. Wątpliwości dotyczące poszczególnych przesłanek art. 357 (1) k.c.

W świetle art. 357 (1) k.c., do przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus* należą:²⁰

- 1) wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków;
- 2) wystąpienie nadmiernych trudności w spełnieniu świadczenia albo groźba doznania przez stronę rażącej straty będących skutkiem wystąpienia nadzwyczajnej zmiany stosunków;
- 3) warunek, że strony nie przewidywały możliwości wystąpienia powyższych zmian stosunków przy zawarciu umowy.

W doktrynie wskazuje się zgodnie, że zarówno istota jak i przesłanki klauzuli *rebus sic stantibus* określone zostały przez ustawodawcę na tyle ogólnie, że nieustannie wywołują liczne wątpliwości interpretacyjne – co niewątpliwie działa na niekorzyść idei pewności obrotu gospodarczo-prawnego²¹.

„Nadzwyczajna zmiana stosunków”

Do jednej z najbardziej kontrowersyjnych przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus* należy „nadzwyczajna zmiana stosunków”, której dotyczą cztery podstawowe problemy interpretacyjne.

Pierwszy z problemów dotyczy tego, czy można pod pojęciem nadzwyczajnej zmiany stosunków rozumieć zjawiska o charakterze wyłącznie powszechnym i trwałym²² (restrykcyjna, wąska wykładnia), czy także indywidualnym i jednostkowym

¹⁵ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC*, LexPolonica/el. 2014, uwagi do art. 357 (1), Nb 4.

¹⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 127.

¹⁷ *Ibidem*, s. 128-129.

¹⁸ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 6.

¹⁹ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 588.

²⁰ J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 5.

²¹ R. Strugała, *Ingerencja sądu w stosunek zobowiązaniowy na podstawie art. 357¹ KC*, PiP 2010, nr 8, s. 47.

²² P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, Warszawa 2008.

np. w przypadku choroby strony czy pożaru domu (liberalna, szeroka wykładnia)²³. W tej kwestii istnieją zasadniczo trzy poglądy²⁴. W doktrynie do przeważających należy pierwszy pogląd²⁵, zgodnie z którym nadzwyczajna zmiana nie może dotyczyć osobistej sfery strony (wtedy mogłaby ewentualnie zachodzić niemożliwość świadczenia), a jedynie okoliczności obiektywne i niezależne od stron²⁶. A. Malarewicz podnosi, że nadzwyczajne okoliczności powinny zachodzić na większym obszarze kraju i dotyczyć szerszego kręgu osób²⁷. Zdaniem z kolei A. Olejniczaka przez pojęcie to należy rozumieć zmiany w zakresie stosunków społecznych i warunków gospodarczych o powszechnym charakterze, które dotyczą większej grupy podmiotów i pozostają niezależne od stron²⁸.

Część autorów przejawia bardziej liberalne podejście w tym zakresie²⁹ (A. Brzozowski³⁰, Z. Gawlik³¹, R. Strugała³²). A. Brzozowski wskazuje, że wymóg trwałości i powszechności sprawia, że w praktyce klauzula *rebus sic stantibus* nie znajdowałaby zastosowania – tymczasem jej szeroka interpretacja powinna dążyć do objęcia nią „wszelkich istotnych zmian o znacznym natężeniu”³³. Trzecie stanowisko, dopuszczające możliwość ostrożnego stosowania klauzuli *rebus sic stantibus* w sytuacjach zmian o charakterze indywidualnym, zajmuje W. Robaczyński³⁴. Na uzasadnienie podaje on przykłady przepisów szczególnych (umowa o dzieło art. 632 § 2 k.c. oraz umowa renty art. 907 § 2 k.c.) pozwalających modyfikować zobowiązania przez wzgląd na okoliczności dotyczące stron³⁵.

Kolejny problem dotyczy chwili zaistnienia owej zmiany stosunków³⁶. Część komentatorów uznaje wyłącznie możliwość powstania tej zmiany w chwili po zawarciu umowy³⁷ (L. Jaworski³⁸, P. Machnikowski³⁹, R. Strugała⁴⁰). Obowiązek zaistnienia zmian

²³ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka zastosowania art. 357 (1) KC – próba definicji*, *Studia Prawnicze* 2009, Zeszyt 4 (182) s. 80.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniak, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 39; A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 542; Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1997, s. 243.

²⁶ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 8.

²⁷ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 542.

²⁸ A. Olejniczak [w:] A. Kidyba, *Kodeks cywilny, uwagi do art. 357 (1) k.c.*, Nb 4.

²⁹ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 80.

³⁰ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 154.

³¹ Z. Gawlik, *Nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka modyfikacji lub rozwiązania umowy*, *MoP* 1995, Nr 3, s. 68.

³² R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 49.

³³ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 154.

³⁴ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 80.

³⁵ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 92–93.

³⁶ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 80; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 147–163.

³⁷ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 80.

³⁸ L. Jaworski, *Klauzula rebus sic stantibus*, *Prawo Spółek* 1998, nr 9, s. 34.

³⁹ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny...*, Nb 7.

⁴⁰ R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 50.

po powstaniu węzła obligacyjnego związany jest, ich zdaniem, z przesłanką nieprzewidzenia ich przez strony⁴¹. Przeciwnicy tej tezy wskazują, że mogłoby to także dotyczyć zmian powstałych przed zawarciem umowy, o ile skutki ich byłyby odczuwalne dopiero w trakcie trwania stosunku zobowiązaniowego między stronami. Zdaniem A. Brzozowskiego rozwiązanie takie nie uchybia idei *klauzuli rebus sic stantibus*. W. Robaczyński uważa za warunek dla takiej interpretacji, że strony nie wiedziały o zmianie mimo zachowania należytej staranności⁴².

Trzecią sporną sprawą pozostaje „istota” samych okoliczności, których zaistnienie konstytuuje zmianę stosunków o charakterze nadzwyczajnym. Po pierwsze, pojawia się wątpliwość, czy zmianę taką stanowić mogą także, coraz częściej akcentowane, poważne przemiany gospodarcze⁴³. Do takich zaliczyć można załamanie eksportu, zmianę koniunktury, kryzys gospodarczy, załamanie rynku pracy itp. Za dopuszczalnością takiej opcji opowiada się A. Brzozowski⁴⁴, podkreślając przy tym adaptacyjną funkcję klauzuli. Warto zwrócić szczególną uwagę na uchwałę SN z 31.05.1994 r.⁴⁵ (zmiany w sferze ekonomicznej rozpoczęte na przełomie 1989 r. i 1990 r. mogą podpadać pod rozumienie klauzuli *rebus sic stantibus*), wyrok SN z 02.12.1998 r.⁴⁶, a także wyrok SN z 22.04.2005 r.⁴⁷, w których sąd uznał, że zjawiska gospodarcze w postaci zmiany ustroju gospodarczego stanowią nadzwyczajną zmianę stosunków. Stanowisko przeciwne prezentuje A. Malarewicz, która chociaż nie wyklucza możliwości objęcia pojęciem nadzwyczajnej zmiany przemian o charakterze gospodarczym, to maksymalnie ją ogranicza⁴⁸, powołując się przy tym na szereg (wciąż aktualnych jej zdaniem) orzeczeń sądowych, wydanych w oparciu o nieobowiązujący już przepis art. 269 Kodeksu Zobowiązań⁴⁹.

Kolejna kontrowersyjna kwestia dotyczy tego, czy za nadzwyczajną zmianę stosunków można uznać niespodziewaną, znaczącą zmianę stanu prawnego – jako przyczynę zewnętrzną i niezależną od woli stron⁵⁰. Mogłoby to dotyczyć zmiany prawa podatkowego czy celnego, ograniczeń dotyczących obrotu gospodarczego z zagranicą (embargo, kwoty eksportowe itp.)⁵¹. Za stanowczym ograniczeniem takiej możliwości opowiedziała się A. Malarewicz⁵², która uważa że mogłoby to w zasadzie dotyczyć wyłącznie zobowiązań o długim okresie wykonania, ponieważ prace legislacyjne trwają wystarczająco długo, by strony mogły się o nich uprzednio dowiedzieć. Przeciwnie

⁴¹ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 158.

⁴² W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 111.

⁴³ E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 181; M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 81.

⁴⁴ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 155-157.

⁴⁵ Uchwała SN z 31.05.1994 r. (III CZP 74/94, OSN 1994, Nr 12, poz. 237).

⁴⁶ Wyrok SN z 02.12.1998 r. (I CKN 972/97), Legalis.

⁴⁷ Wyrok SN z 22.04.2005 r. (III CK 594/04, OSP 2006, nr. poz. 143).

⁴⁸ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 542-544.

⁴⁹ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 155-156.

⁵⁰ Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 40.

⁵¹ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 40.

⁵² A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 544.

natomiast stanowisko zostało zajęte przez polską judykaturę (można tu chociażby przywołać wyroki SN z 16.05.2007 r.⁵³, z 20.07.2007 r.⁵⁴, 17.01.2008 r.⁵⁵), a także większość przedstawicieli doktryny⁵⁶.

Klasyczna kontrowersja dotyczy też problemu uznania za „nadzwyczajną zmianę” wahań w sile nabywczej pieniądza⁵⁷. Za ewentualnością taką opowiada się M. Bieniak, a przeciwny jej wyraz daje L. Jaworski⁵⁸. W znacznej mierze przeciwko takiemu rozwiązaniu opowiada natomiast się orzecznictwo – chociażby w wyroku SN z 25.02.2004 r.⁵⁹

Zasadnicza rozbieżność istnieje także w kwestii „istoty” kryterium „nadzwyczajnych zmian stosunków”⁶⁰. Niektórzy autorzy przyjmują za takie jedynie zdarzenia niebywałe, niepospolite, czy niezwykle⁶¹ albo mające zarówno wyjątkowy, jak i nadzwyczajny charakter⁶². Zdaniem M. Bieniaka, rozbudowana interpretacja językowa tego pojęcia skłania do wniosku, że chodzi o zmiany niezwykle i specjalnie, które nie muszą być niecodzienne, ale niekoniecznie istotne⁶³. Jednocześnie wydaje się, że zdarzenia takie nie muszą mieć charakteru katastroficznego⁶⁴ – za sytuacje takie można uważać klęski żywiołowe, strajki, operacje militarne, ataki terrorystyczne, czy epidemie⁶⁵. Podobny wniosek wynika z orzecznictwa sądów – zgodnie z wyrokiem SN z 18.05.2006 r.⁶⁶, klauzula *rebus sic stantibus* stanowi instytucję o charakterze wyjątkowym. Tymczasem Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z 25.10.2011 r.⁶⁷ uznał, że dotyczy ona sytuacji „wyjątkowych, niebywałych normalnie niespotykanych”.

Z kolei należący do mniejszości przeciwnicy tak surowej interpretacji przesłanki nadzwyczajnej zmiany wskazują na potrzebę oparcia się o elastyczne i liberalne w skutkach pojęcie przekroczenia granic zwykłego ryzyka kontraktowego⁶⁸. Zdaniem A. Brzozowskiego pojęcie nadzwyczajnej zmiany wyklucza wprawdzie zwykłe ryzyko kontraktowe, ale eliminuje jednocześnie przypadki „zwykłych, a jednocześnie głębokich przemian, kryzysów i wstrząsów”⁶⁹. R. Strugała wskazuje przy tym na potrzebę oderwania oceny przesłanek klauzuli *rebus sic stantibus* od zasady *exceptiones non sunt*

⁵³ Wyrok SN z 16.05.2007 r. (III CSK 452/06, OSP 2009, Nr 2, poz. 19).

⁵⁴ Wyrok SN z 20.07.2007 r. (I CK 3/07, OSNC-ZD 2008, Nr 3, poz. 65).

⁵⁵ Wyrok SN z 17.01.2008 r. (III CSK 202/07, niepubl.)

⁵⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 159.

⁵⁷ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana...*, s. 81.

⁵⁸ L. Jaworski, *Klauzula rebus...*, s. 36.

⁵⁹ Wyrok SN z 25.02.2004 r. (II CK 493/02), niepubl.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 81.

⁶¹ Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 40; P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny...*, s. 544-546.

⁶² E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 177.

⁶³ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 74.

⁶⁴ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniak, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1. Warszawa 2006, s. 38.

⁶⁵ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 9.

⁶⁶ Wyrok SN z 18.05.2006 r. (IV CSK 8/05), Legalis.

⁶⁷ Wyrok SN z 25.10.2011 r. (VII GC 127/11), niepubl.

⁶⁸ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 147-163.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 151.

extendendae i związanej z nią wykładni zawężającej (powodowanej specyficzną relacją klauzuli *rebus sic stantibus* do zasady *pacta sunt servanda*)⁷⁰.

Na marginesie warto zauważyć częsty postulat, by pojęcie „nadzwyczajnej zmiany stosunków” zastąpić sformułowaniem „istotna zmiana okoliczności”, celem objęcia przez klauzulę *rebus sic stantibus* jak najszerszej gamy przypadków przekroczenia zwykłego ryzyka kontraktowego⁷¹. Koncepcja ta znalazła zarówno wielu zwolenników jak i przeciwników w doktrynie⁷².

„Nieprzewidywalność”

Kolejne liczne kontrowersje powstają na gruncie wymogu „nieprzewidywalności”⁷³. Służy on, wraz z przesłanką nadzwyczajnej zmiany stosunków, na odróżnienie zwykłego ryzyka kontraktowego od ryzyka o charakterze nadzwyczajnym⁷⁴. W doktrynie przeważa pogląd, że nieprzewidywalność dotyczy wpływu zmiany okoliczności na zobowiązanie, a nie samego przewidzenia tych okoliczności⁷⁵. Podobnie uznaje w swoim orzecznictwie Sąd Najwyższy⁷⁶. O ile więc strony stosunku umownego mogły przewidywać inflację, to jej skala mogła być już dla nich nieprzewidywalna (np. skok z 3% do 40% w skali roku). To samo dotyczy zmiany ustawy, której wpływ na sytuację stron mógł być trudny do przewidzenia⁷⁷. Zdaniem A. Szumańskiego wynika to z wykładni językowej art. 357 (1) k.c. („czego strony nie przewidziały przy zawarciu umowy”) i przemawia za szerokim ujęciem kryterium nieprzewidywalności⁷⁸.

Liczne wątpliwości powstają w kwestii charakteru nieprzewidywalności – czy ma on być, na mocy art. 357 (1) k.c., obiektywny (wzorem art. 269 KZ: „czego strony nie mogły przewidzieć”), czy może subiektywny. Za tym pierwszym rozwiązaniem opowiadają się A. Malarewicz⁷⁹ oraz W. Robaczyński⁸⁰, za drugim natomiast T. Wiśniewski⁸¹ i Z. Gawlik⁸².

⁷⁰ R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 47-48.

⁷¹ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 236-237.

⁷² A. Szumański wysunął szereg kontrargumentów o charakterze funkcjonalnym i dogmatycznym, opowiadając się przeciwko podniesionej propozycji. Po pierwsze, jego zdaniem, mogłaby ona prowadzić do lekkomyślnego zawierania umów i zachwiania pewności obrotu. Po drugie, rozmyłby się zakres i stosunek art. 357 (1) k.c. do art. 358 (sądowa waloryzacja świadczeń pieniężnych). Ponadto, Autor wskazuje na perspektywę racjonalnego ustawodawcy, który specjalnie posłużył się pojęciem nadzwyczajnej zmiany celem dokonania rozróżnienia między obiema instytucjami. Poruszone: A. Szumański, *Renegocjacja...*, s. 235- 236.

⁷³ E. Bagińska, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 184; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 163-170.

⁷⁴ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 166.

⁷⁵ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 545; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 164.

⁷⁶ Wyrok SN z 09.12.2005 r. III CK 305/05, Legalis.

⁷⁷ Wyrok SN z 14.09.2005 r. III CK 43/05.

⁷⁸ A. Szumański, *Renegocjacja...*, s. 236.

⁷⁹ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 545.

⁸⁰ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 135.

⁸¹ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 12.

⁸² Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus...*, s. 41.

Istnieje także koncepcja zobiektywizowania tego kryterium przez przyjęcie miernika przewidywalności, właściwego jednak dla danych stron i stosunku prawnego⁸³ – zgodnie z nią nieprzewidywalne byłoby to, czego obiektywnie rzecz biorąc nie mogły przewidzieć strony⁸⁴ (przy uwzględnieniu dostępnej im wiedzy oraz zachowaniu zgodnym z zasadami dobrej wiary i regułami uczciwego postępowania, a także do zachowaniu należytej staranności⁸⁵). Tytułem przykładu, Sąd Najwyższy stwierdził, że w przypadku gdy zmiana dotyczy tekstu prawnego, powinno się badać element subiektywny (zdolność kontrahenta do przewidzenia gospodarczych następstw zmiany stanu prawnego)⁸⁶. Oceniając wzorzec wymaganej od stron staranności przy przewidywaniu wpływu zmian na ich zobowiązania, warto przytoczyć inne orzeczenie Sądu Najwyższego z 06.06.2005 r.⁸⁷, w którym sąd ocenił, że strony mogły z łatwością powziąć wiadomość o nowelizacji, w związku z powszechnym dostępem do mediów.

„Nadmierna trudność” i „rażąca strata”

Szereg poważnych wątpliwości wywołują też pojęcia „nadmiernych trudności” oraz „rażącej straty”⁸⁸, wymagają one bowiem zastanowienia się nad pojęciem „straty”, a także odpowiedzi na pytanie, jak rozumieć pojęcie „rażącej straty”. Również w zagranicznych systemach prawnych znajdują się odwołania do kryteriów obiektywnych, takich jak strata powodująca ruinę dłużnika, strata nadmierna, strata niesłuszną bądź niesprawiedliwa⁸⁹. Z pewnością zarówno nadmierne trudności, jak i rażąca strata, odnoszą się wyłącznie do świadczeń możliwych do spełnienia (w przeciwnym razie, zachodziłaby następca niemożliwość świadczenia⁹⁰).

Kontrowersyjność pojęcia nadmiernych trudności wynika stąd, że nie wiadomo czy ma ona charakter wyłącznie osobisty (spełnienie świadczenia groziłoby dłużnikowi niebezpieczeństwem⁹¹), czy także majątkowy (np. wyższe nakłady finansowe, znacząco odbiegające od zakładanych przy zawieraniu umowy⁹²). Tę drugą możliwość odrzucają A. Malarewicz⁹³ oraz T. Wiśniewski⁹⁴, którzy uznają, że charakter majątkowy można przypisać jedynie kryterium rażącej straty. Z kolei przez pojęcie rażącej straty można rozumieć znaczące pogorszenie się sytuacji finansowej na wskutek zmniejszenia

⁸³ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 166.

⁸⁴ *Ibidem*, s. 167.

⁸⁵ J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 6.

⁸⁶ Uchwała 7 sędziów 29.12.1994 r. (III CZP 120/94), OSNC 1995, nr 4, poz. 55.

⁸⁷ Orzeczenie SN z 06.06.2005 r. (III CK 674/04), Rzeczpospolita 2006, Nr 289, s. F4.

⁸⁸ R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 51; A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 544-545; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 170-180.

⁸⁹ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 171.

⁹⁰ Wyrok SN z 05.10.2006 r. (V CSK 105/05), Lex nr 395072.

⁹¹ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 172.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 545.

⁹⁴ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 10-11.

aktywów lub zwiększenia pasywów⁹⁵, które prowadzi do zachwiania równowagi kontraktowej i podważenia sensu istnienia stosunku umownego między stronami⁹⁶ – wiąże się to z oceną zakresu zwykłego i nadzwyczajnego ryzyka kontraktowego dla danego typu stosunku prawnego⁹⁷.

Kontrowersje dotyczą także kwestii istoty związku przyczynowego pomiędzy zmianą stosunków a jej skutkami. Instytucja klauzuli *rebus sic stantibus* stanowi wszakże, że naruszenie kontraktowego ekwilibrium (zniweczenia pierwotnych kalkulacji⁹⁸, zachwiania równowagi świadczenia⁹⁹) zachodzi w wyniku nadzwyczajnej zmiany okoliczności¹⁰⁰. *Nota bene*, zdaniem niektórych jurystów, traktowanie związku przyczynowego jako osobnej przesłanki mija się z celem w obliczu jej oczywistości¹⁰¹. Zdaniem większości komentatorów wystarczające jest, by zmiana stosunków stanowiła warunek niezbędny (*conditio sine qua non*¹⁰²) nadmiernych trudności lub rażącej straty¹⁰³ – na stanowisku takim stoi również judykatura¹⁰⁴. Zdaniem zaś mniejszości przedstawicieli doktryny¹⁰⁵, pomiędzy zmianą okoliczności a nadmiernymi trudnościami czy rażącą stratą, powinien zachodzić adekwatny związek przyczynowy, wzorem art. 361 § 1 k.c. (skutek traktowany jest tu jako normalna i typowa konsekwencja przyczyny). Istnieje również trzeci, oryginalny pogląd¹⁰⁶, zgodnie z którym spod koncepcji warunku *sine qua non* należy wyłączyć sytuacje bardzo pośrednich związków (np. długiego szeregu związków – kiedy wyjątkowe zdarzenie wpływa na cenę surowca, który to surowiec wpływa na cenę produkcji jeszcze innego surowca, a w konsekwencji rosną ceny danego produktu)¹⁰⁷.

4. Ingerencja sądu w stosunek zobowiązaniowy w ramach klauzuli *rebus sic stantibus*

W przypadku kumulatywnego spełnienia wyżej omówionych przesłanek uzasadniających zastosowanie klauzuli *rebus sic stantibus*, sąd może, po rozważeniu interesów stron

⁹⁵ Tak R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 51-52.

⁹⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 173.

⁹⁷ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 122-123.

⁹⁸ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 175.

⁹⁹ J. Rajski, K. Kocor, K. Zaradkiewicz, *Prawo o Kontraktach...*, s. 190.

¹⁰⁰ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 175.

¹⁰¹ Tak. A. Szumański, *Renegocjacje...*, s. 235; W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 117.

¹⁰² Powiązanie faktyczne o charakterze przyczynowo-skutkowym.

¹⁰³ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany...*, s. 545.

¹⁰⁴ Wyrok SN z 07.12.2007 r., III CSK 172/07, Legalis.

¹⁰⁵ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniak, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2006, s. 31.

¹⁰⁶ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 177.

¹⁰⁷ E. Szlachetka, P. Stykowski, *Klauzule rebus sic stantibus a odpowiedzialność ex contractu*, PiP 2012, nr 3, s. 985.

i zgodnie z zasadami współżycia społecznego, skorzystać z jednego z następujących sposobów ukształtowania zobowiązania:¹⁰⁸

- 1) oznaczyć sposób wykonania zobowiązania;
- 2) zmienić wysokość świadczenia;
- 3) rozwiązać umowę (w tym wypadku sąd może w miarę potrzeby orzec o rozliczeniach stron).

Oznacza to, że zadaniem sądu jest dążenie do znalezienia swoistej wypadkowej interesów stron celem przywrócenia równowagi kontraktowej w taki sposób, by chronić powoda w sposób jak najmniej dotkliwy dla strony pozwanej¹⁰⁹. Co istotne, nie leży w kompetencji sądu wykreowanie nowego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami¹¹⁰. Należy zauważyć, że również na tle ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy, istnieje szereg kontrowersji i sporów w doktrynie.

Pierwsza z tych wątpliwości dotyczy użycia przez ustawodawcę formuły „sąd może”. Zgodnie z pierwszym poglądem, sąd ma w tym zakresie dowolność, a samo wydanie orzeczenia o zastosowaniu instytucji klauzuli *rebus sic stantibus* powinno zostać ocenione przez pryzmat interesów stron i klauzuli zasad współżycia społecznego¹¹¹. Przeciwnicy tej tezy uważają natomiast, że kryteria te nie służą sądowi powszechnemu do oceny celowości samej ingerencji w stosunek umowny, ale jedynie do najodpowiedniejszego wyboru sposobu ingerencji (a zatem, czy dokonać modyfikacji umowy i jakiej formie, ewentualnie czy taką umowę rozwiązać)¹¹².

Kontrowersje dotyczą także użycia przez kodeks cywilny klauzuli generalnej w postaci „zasad współżycia społecznego”, które stanowią kryterium właściwsze dla gospodarki komunistycznej, nakazowo-rozdzielczej, nie przystając do realiów nowoczesnego obrotu gospodarczego. Samo zastosowanie klauzuli generalnej należy uznać, moim zdaniem, za dobre rozwiązanie, gdyż pozwala ona na bardziej dyskrecjonalne podejście sędziego do delikatnej sprawy, łagodzi przy tym formalizm prawa. We współczesnym obrocie panuje jednak tendencja do zastępowania rzeczoności kryterium klauzulami dobrych obyczajów, usprawiedliwionych interesów stron, zwyczajów panujących w obrocie¹¹³, ewentualnie klauzulą słuszności, która obowiązywała już na gruncie art. 269 KZ¹¹⁴.

Kolejna ważna kwestia sporna dotyczy ingerencji sądu w postaci odmiennego niż w umowie oznaczenia sposobu wykonywania zobowiązania. O czym była już mowa, głównym celem takiej ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy jest przede wszystkim przywrócenie równowagi kontraktowej stron – zachodzi jednak niejasność odnośnie granicy tej ingerencji. Czy w przypadku, gdy pierwotny stosunek umowny zawarty został

¹⁰⁸ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 182.

¹⁰⁹ P. Machnikowski [w:] *Kodeks cywilny...*, Nb 13.

¹¹⁰ J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 7; wyrok SN z 10.10.1997 r., III CKN 202/97, OSNC 1998, Nr 3, poz. 42.

¹¹¹ T. Wiśniewski [w:] *Komentarz do KC...*, Nb 18.

¹¹² R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 57; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 183.

¹¹³ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 181.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 182.

w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, sąd mógłby ograniczyć swobodę umów i niejako „przy okazji” przywrócić zgodność z tymi zasadami, a dopiero ten modelowy stan uznać za punkt wyjścia dla dalszych rozważań o *rebus sic stantibus*? Opinie doktryny są w tej sprawie podzielone – podczas gdy część autorów opowiada się za takim rozwiązaniem¹¹⁵, większość doktryny uznaje to za ograniczenie swobody kontraktowej stron, dla którego nie ma miejsca w ramach instytucji klauzuli *rebus sic stantibus*¹¹⁶. Moim zdaniem jest to stanowisko trafne – tym bardziej więc w przypadku, gdy pierwotnie powstała nierównowaga kontraktowa, która nie urasta do rangi sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, sąd powinien rzetelnie przybrać za punkt odniesienia dokładną sytuację, w jakiej strony postawiły się zgodnie ze swoją subiektywną wolą.

Kolejne rozbieżności w doktrynie dotyczą problemu skuteczności orzeczenia sądowego w przypadku rozwiązania umowy, a ściślej – czy wywołuje ono skutki od daty uprawomocnienia (*ex nunc*), czy też z mocą wsteczną (*ex tunc*)¹¹⁷. Do zalet pierwszego rozwiązania należy wzmocnienie stabilności i pewności obrotu przez zminimalizowanie niepewności co do stanu prawnego¹¹⁸. Zaletą drugiego z kolei rozwiązania jest to, że nie zachodzą problemy z oceną skutków wykonania zobowiązania w trakcie trwającego postępowania przed sądem¹¹⁹.

5. Potrzeba nowelizacji

Niejednolitość rozstrzygnięć sądowych, a także liczne rozbieżności i kontrowersje dotyczące każdej niemal przesłanki, skłaniają w mojej opinii do wniosku nad zasadnością przeprowadzenia nowelizacji art. 357 (1) k.c. Zawarte w nim unormowanie dotyczące klauzuli *rebus sic stantibus* odstaje przy tym od nowoczesnych rozwiązań innych systemów prawnych, nie spełniając swojej roli, jaką jest ochrona pewności obrotu gospodarczo-prawnego. W związku z tym należy przyrzeć się najnowszemu trendom światowym w zakresie uregulowania instytucji *rebus sic stantibus*.

W pierwszej kolejności należy tutaj zwrócić uwagę na nowoczesne rozwiązanie zaproponowane w ramach Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów (ang. *Principles of European Contract Law*)¹²⁰, gdzie za odpowiednik klauzuli *rebus sic stantibus* służy artykuł 6:111 PECL¹²¹. Zawiera on szereg postępowych unormowań, szczególnie

¹¹⁵ W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy...*, s. 158.

¹¹⁶ R. Strugała, *Ingerencja sądu...*, s. 58; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 187.

¹¹⁷ J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 7.

¹¹⁸ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany...*, s. 188.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ O. Lando, H. Beale, *Principles of European Contract Law, Part I and II prepared by The Commission of European Contract Law*.

¹²¹ Za: M.A. Zachariasiewicz, J. Beldowski, *Zasady europejskiego prawa umów*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2004, Nr 3, s. 857–859.

„Artykuł 6:111. Nadzwyczajna zmiana okoliczności.

1. Strona powinna wykonać swoje zobowiązania, nawet jeżeli ich wykonanie stało się bardziej uciążliwe czy to z powodu wzrostu kosztów świadczenia, czy też dlatego, że zmniejszyła się wartość świadczenia, które ma ona w zamian otrzymać.

rekomendowanych polskiemu prawodawstwu. Po pierwsze, łączy on w sobie zasady *pacta sunt servanda* oraz klauzulę *rebus sic stantibus* – zabieg ten ma na celu ukazanie komplementarnej całości, jaką tworzą obie wartości w systemie prawa. Po drugie, wprowadza on tzw. „podwójny mechanizm adaptacyjny”, który obliguje strony do podjęcia negocjacji pod rygorem odpowiedzialności typu *culpa in contrahendo*, a dopiero w dalszej kolejności przekazuje modyfikację bądź rozwiązanie umowy do kompetencji sądu. Po trzecie, art. 6:111 PECL wprowadza elastyczne i szerokie pojęcie „nadzwyczajnego charakteru okoliczności”, które w przeciwieństwie do znanego nam z art. 357 (1) k.c. kryterium „nadzwyczajnej zmiany stosunków” oznacza wszelkie przypadki przekroczenia zwykłego ryzyka kontraktowego dla kontraktów danego typu. Po czwarte, Zasady PECL wprowadzają klarowny model „obiektywnej nieprzewidywalności”, od którego uzależniona jest aktywacja klauzuli *rebus sic stantibus*.

Ponadto, warto dostrzec nieustający rozwój umownych klauzul adaptacyjnych w międzynarodowym obrocie gospodarczym. Potrzeby praktyki kontraktowej doprowadziły do wykształcenia szeregu autonomicznych rozwiązań na gruncie prawa kupieckiego (*lex mercatoria*)¹²², takich jak klauzule siły wyższej¹²³ (*force majeure clause*) oraz klauzule typu *hardship* (*hardship clause*)¹²⁴. Pierwsza z nich pojawia się w przypadku niemożliwości wykonania zobowiązania w ich wyniku, natomiast zadaniem *tej drugiej* jest utrzymanie kontraktu w mocy, celem odzwierciedlenia jej istoty w nowych realiach¹²⁵. Najbliższa sensu klauzuli *rebus sic stantibus* jest właśnie *hardship clause*, równoważą ona bowiem prawa i obowiązki kontrahentów, odpowiada także za adekwatne rozłożenie ryzyka ekonomicznego na obie strony¹²⁶. W przypadku wystąpienia nieprzewidzianego zdarzenia znacząco zmieniającego równowagę kontraktową – na stronach ciąży obowiązek podjęcia renegocjacji umowy zgodnie z zasadami dobrej

2. Jeżeli jednak wykonanie zobowiązania stanie się nadmiernie uciążliwe z powodu zmiany okoliczności, strony zobowiązane są rozpocząć negocjacje mające na celu zmianę umowy lub jej rozwiązanie, pod warunkiem że:

- a) zmiana okoliczności nastąpiła po zawarciu umowy,
- b) prawdopodobieństwo zmiany okoliczności nie mogło być, rozsądnie, brane pod uwagę w chwili zawierania umowy, a także
- c) nie można było wymagać od strony, której dotyczy zmiana okoliczności, aby powinna była, zgodnie z umową, ponieść ryzyko takich zmian.

3. Jeżeli strony w odpowiednim czasie nie osiągną porozumienia, sąd może: a) rozwiązać umowę z chwilą i na zasadach, które ustali; albo b) zmienić umowę, rozkładając pomiędzy strony w sposób słuszny i sprawiedliwy straty i korzyści wynikające ze zmiany okoliczności. W obu przypadkach sąd może zasądzić odszkodowanie za szkodę spowodowaną przez to, że druga strona odmawiała udziału w negocjacjach lub je zerwała w sposób sprzeczny z zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu”.

¹²² B. Goldman, *Lex mercatoria, forum international* No 3, Kluwer–Deventer 1983, s. 3–5.

¹²³ J. Rajski, *Klauzule siły wyższej w międzynarodowych kontraktach handlowych w sytuacji głębokich zaburzeń gospodarczych*, Przegląd Prawa Handlowego 2010, nr 5.

¹²⁴ J. Rajski, *Klauzule hardship w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, Przegląd Prawa Handlowego 1999, nr 3.

¹²⁵ G. Gorczyński, *Force majeure i hardship* [w:] *Międzynarodowe prawo handlowe. System Prawa Handlowego*, red. W. Popiołek, t. 9, Warszawa 2013, s. 651.

¹²⁶ J. Rajski, *Klauzule hardship...*

wiary (pod sankcją odszkodowawczą *culpa in contrahendo*). Instytucja ta znalazła swój odpowiednik w ujednoliconych Zasadach UNIDROIT¹²⁷ (Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT), w Regułach ICC (Reguły Międzynarodowej Izby Handlowej), jak i w Zasadach FIDIC (Zasady Międzynarodowej Federacji Inżynierów Konsultantów).

6. Podsumowanie

Reasumując, należy stwierdzić, że w obliczu gwałtownych i dynamicznych zmian gospodarczych na świecie, a także stale rosnących potrzeb praktyki kontraktowej, temat nowelizacji w zakresie klauzuli *rebus sic stantibus* w Polsce powinien zostać podjęty na nowo. Regulacja art. 357 (1) k.c. wzbudza szereg wątpliwości, począwszy od relacji klauzuli *rebus sic stantibus* do zasady *pacta sunt servanda* oraz wymaganego dla *rebus sic stantibus* źródła powstałego zobowiązania, poprzez przesłanki „nadzwyczajnej zmiany stosunków”, „nieprzewidywalności”, „nadmiernych trudności” oraz „rażącej straty”, na rozlicznych kontrowersjach odnośnie ingerencji sądu w stosunek zobowiązaniowy kończąc. Przede wszystkim należy zauważyć wzmożoną potrzebę poszerzenia możliwości stosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, a także idącą za tym postulowaną elastyczność i przewidywalność rozstrzygnięć sądowych w poszczególnych stanach faktycznych. Potrzeba ta znajduje potwierdzenie w powszechnej na świecie tendencji do zastępowania dogmatycznej koncepcji „niewzruszalnej umowy statycznej” wizją odmienną, a mianowicie kontraktu „elastycznej umowy ewoluującej”¹²⁸, której warunki dojrzewają wraz ze zmieniającymi się okolicznościami zewnętrznymi, by najpełniej oddać zgodny zamiar stron w zakresie celu gospodarczego i szeroko pojmowanej równowagi kontraktowej. Odpowiedzialny i konstruktywny liberalizm w odniesieniu do instytucji klauzuli *rebus sic stantibus* pozwala w mojej opinii skutecznie mitygować negatywne skutki istotnych zmian okoliczności, których strony nie brały pod uwagę w czasie zawierania umowy.

* * *

The Issue of the Impact of the Change of Circumstances on Parties' Contractual Obligations Under art. 357 (1) of the Polish Civil Code

The aim of this article is to present the issue of the influence of the substantial change of circumstances on the parties' obligation to the contractual agreements. In Poland, this so-called "rebus sic stantibus clause" (governed by the article 357 (1) of the Polish Civil Code) which is believed to be not flexible enough to follow the needs of the dynamics of the global economic

¹²⁷ Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (*the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*) wydane po raz pierwszy w roku 1994 przez Międzynarodowy Instytut Unifikacji Prawa Prywatnego z siedzibą w Rzymie.

¹²⁸ J. Rajski, *Z problematyki...*, s. 4 i 8.

turnover and also importantly, the certainty of trade. Therefore it has become a source ambiguity which has led to various interpretation issues.

The article's aim is to thoroughly analyze the basic problems of Polish regulation. The detailed analysis is subject primarily to interpretation doubts concerning individual conditions of application of art. 357 (1) PCC, as well as the particular legal tools available to the parties. The article is also a cautious attempt to capture the direction of change, which in the future may be followed by the Polish legislator regarding the new construction of the *rebus sic stantibus* clause.

Key words: *rebus sic stantibus*, change of circumstances, art. 357 (1) of the Polish Civil Code

Damian Dobosz¹

Nowe zasady podejmowania działalności gospodarczej w Prawie Przedsiębiorców

Streszczenie:

Ministerstwo Rozwoju realizując Strategię na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju² zaprezentowało tzw. „Konstytucję Biznesu”³, w której znalazł się projekt ustawy Prawo Przedsiębiorców będący w rzeczywistości nowelizacją obecnie obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (przywoływana dalej jako „USDG”)⁴. *Ratio* zmiany jest pobudzenie przedsiębiorczości oraz wprowadzenie rozwiązań ułatwiających prowadzenie przedsiębiorstw. Celem niniejszej publikacji jest analiza zawartych w projekcie ustawy zasad/deklaracji mających regulować pozycję przedsiębiorcy w demokratycznym państwie prawa. Rozważaniom poddano najważniejsze rozwiązania, które pomimo licznych uwag i wątpliwości, Ministerstwo Rozwoju zamierza wdrożyć do systemu prawa. Synteza niniejszego opracowania jest o tyle aktualna, że przepisy o podobnym brzmieniu pojawiają się niezwykle często w toku prac nad różnymi aktami normatywnymi, także nad projektem kodeksu postępowania administracyjnego.

Słowa kluczowe: przedsiębiorca, ustawa, wolność, Konstytucja, prawo

¹ Damian Dobosz – student prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor kilku artykułów naukowych, prelegent na kilkunastu konferencjach o zasięgu ogólnopolskim oraz międzynarodowym. Stypendysta JM Rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego dla najlepszych studentów. Aktywny członek Koła Naukowego Prawa Cywilnego UJ.

² Przyjęta w drodze uchwały przez Radę Ministrów 14 lutego 2017 r., https://www.mr.gov.pl/media/36848/SOR_2017_maly_internet_03_2017_aa.pdf, 5.03.2017.

³ <https://www.mr.gov.pl/media/29158/KONSTYTUCJABIZNESU.pdf>, 5.03.2017.

⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2016 poz. 1829, tj. ze zm.).

1. Materia konstytucyjna dotycząca rozpoczęcia, prowadzenia i wykonywania działalności gospodarczej

Wolność gospodarcza wyrażona w art. 20 Konstytucji⁵ jest podstawową zasadą ustrojową dla podmiotów administrowanych, które zamierzają podjąć działalność gospodarczą. Jest ona łączona z innymi wolnościami zawartymi w obowiązującym prawie, takimi jak prawo własności, przedsiębiorczości, wolnej konkurencji, czy wreszcie swobody kontraktowania⁶. Wolność gospodarcza jest zasadą ustrojową oraz publicznym prawem podmiotowym, umożliwiającą każdemu, z poszanowaniem zasady równości, rozpoczęcie prowadzenia działalności gospodarczej⁷. Zatem zgodnie z koncepcją tzw. triady E. Bernatzika⁸ (1854–1919) można skonstatować, iż dla podmiotów administrowanych jest to sytuacja niezwykle korzystna. Wolność gospodarcza, w tym także zaniechania jej naruszania ze strony podmiotów administrujących oraz ewentualne ograniczenie, powinno być zgodne z zasadą proporcjonalności skorelowaną z kwalifikowanym – ważnym – interesem publicznym. A zatem jest ona publicznym prawem podmiotowym o charakterze negatywnym⁹. Każda ingerencja implikuje również poszanowanie wyrażonej przez Konstytucję zasady legalizmu i praworządności, ponieważ jest to rodzaj działalności prawnie chronionej¹⁰. Podmiot administrujący zobowiązany jest zatem działać na podstawie prawa oraz w jego granicach. Takie rozwiązanie zapewnia ochronę przed preponderancją władzy państwowej.

Żadna z wymienionych zasad nie ma więc pierwszeństwa przed inną z zasad prawnych. Analizowane wspólnie i koniunkcyjnie tworzą dla ustawodawcy swoisty „probiez” dla dalszego definiowania statusu przedsiębiorcy w ustawach szczegółowych i aktach podustawowych. Okoliczność ta jest determinowana koniecznością zapewnienia inherentnych gwarancji demokratycznego państwa prawa opartego na gospodarce społeczno-rynkowej.

Konstytucja *expressis verbis* ogranicza wolność gospodarczą np. poprzez zasadę zrównoważonego rozwoju. Dopuszcza ona także w art. 22 jej ograniczenie w drodze

⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm.).

⁶ Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego zasada swobody umów – mimo że niewyrażona wprost w Konstytucji – ma swój wymiar i znaczenie konstytucyjne. Zasada ta jest przede wszystkim pochodną przyjęcia zasady państwa liberalnego i konkretyzacji tego założenia dokonanego w art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, a także związana jest instrumentalnie z niektórymi innymi przepisami konstytucyjnymi. Nie należy ją zatem w pierwszej kolejności kojarzyć z zasadą wolności gospodarczej. Zob. szerzej: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, s. 11–15. Zob. szerzej: M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz do ustawy z dnia 19 listopada 1999 r.*, Kraków, Zakamycze 2000, s. 88–92.

⁷ Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że: „Wolność działalności gospodarczej ma w świetle Konstytucji dwojaki charakter: jest jednocześnie zasadą ustrojową i podstawą formułowania pewnych praw podmiotowych”. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 29 kwietnia 2003 r., sygn. akt SK 24/02, s. 12.

⁸ Użyte pojęcie zawiera w sobie publiczne prawo podmiotowe, interes prawny oraz interes faktyczny. Zob. szerzej: J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2016, s. 353–368.

⁹ Zob. szerzej: A. Walaszek-Pyziół, *Swoboda działalności gospodarczej*, Kraków 1994, s. 8–12.

¹⁰ *Ibidem*, s. 35–37.

ustawy, jeśli wymaga tego ważny interes publiczny¹¹. Ewentualna możliwość ingerencji w wolność gospodarczą oraz jej zasady były wielokrotnie podnoszone także przez Trybunał Konstytucyjny. Istotą tej wolności jest konieczność reagowania przez państwo na zmiany zachodzące w globalnej gospodarce, które mają dobitny wpływ na koniunkturę ekonomiczną i potrzeby społeczne w Polsce. A zatem ingerencja w wolność gospodarczą może następować częściej niż ma to miejsce w stosunku do innych wolności i praw wyrażonych w ustawie zasadniczej, ponieważ wielokrotnie wymaga tego właśnie ważny i permanentnie uaktualniany interes publiczny. Konieczne jest jednak w tym przypadku uwzględnienie zasady proporcjonalności¹². Ponadto jej ograniczenie jest wyjątkiem od zasady i nigdy nie może być rozumiane rozszerzająco lub w drodze analogii¹³.

2. Materia ustawowa odnosząca się do rozpoczęcia, prowadzenia i wykonywania działalności gospodarczej

W celu uzyskania pełnej optyki charakteryzowanego zagadnienia problemowego należy przywołać także założenia zasady swobody działalności gospodarczej zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, następnie dokonać porównania jej konstrukcji z nowo wprowadzanym rozwiązaniem oraz zastanowić się nad realizacją przez nie wymienionych uprzednio zasad konstytucyjnych. Uznać trzeba, że zarówno USDG, jak i Prawo Przedsiębiorców, normatywizują oddziaływanie władzy publicznej na podmioty prowadzące działalność gospodarczą¹⁴.

Art. 6 ust. 1. USDG stanowi, że podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach. Można zatem skonstatować, że zakres podmiotowy został określony niezwykle szeroko, uczyniono także zadość konstytucyjnej zasadzie równości¹⁵. Tożsame rozwiązanie wprowadza w art. 2 projektodawca Prawa Przedsiębiorców. Zostało ono jednak na skutek likwidacji swobody działalności gospodarczej w obecnym brzmieniu oderwane od całości normy prawnej i wprowadzone w osobnym przepisie. Idea

¹¹ Wskazuje się, że interpretacja ważnego interesu publicznego ma nierozzerwalny związek z zasadami wyrażonymi w ustawie zasadniczej. A zatem „im cenniejsze jest dobro ograniczane i wyższy jest stopień tego ograniczenia, tym cenniejsza musi być wartość uzasadniająca ograniczenia”, K. Kiczka [w:] *Wartości w prawie administracyjnym*, red. J. Zimmermann, Warszawa 2015, s. 235–256.

¹² Zob. szerzej m.in.: Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 1999 r., sygn. K 13/98, OTK ZU 1999/4/74.

¹³ Zob. szerzej: Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 12 kwietnia 2006 r. II GSK 23/06, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/85A8D0152D>.

¹⁴ Zob. szerzej: K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2005, s. 36 oraz J. Grabowski, *Prawo a gospodarka* [w:] *System Prawa Administracyjnego. Tom 8A. Publiczne prawo gospodarcze*, red. J. Grabowski, L. Kieres, A. Walaszek Pyziół, Warszawa 2013, s. 21–23.

¹⁵ Zob. szerzej: C. Banasiński [w:] *Prawo Gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 85–89. Autor podnosi, że zasada równości wywodzi się z art. 32 Konstytucji, jednak dla przedsiębiorców istotne znaczenie ma omawiany przepis ustawy.

ta wydaje się być słuszna ze względów legislacyjnych, gdyż zasada równości odnosi się do całego publicznego prawa gospodarczego. Nie jest ona zatem częścią tylko jednej normy prawnej.

Przepisy art. 6 ust. 2 i 3 są materialnym wyrazem publicznego prawa podmiotowego opartego na zasadzie legalizmu. Podmioty administrowane mają jasno określoną powinność w sytuacji wypełnienia określonych przesłanek podjęcia czynności o charakterze związanym. Organ nie może bowiem uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej od spełnienia przez nią dodatkowych warunków. Obowiązek taki może natomiast wynikać z przepisów ustaw szczególnych z uwagi na nadrzędny interes publiczny. Może także wynikać bezpośrednio ze stosowanych przepisów powszechnie obowiązującego prawa unijnego albo ratyfikowanych umów międzynarodowych.

Prawo Przedsiębiorców wprowadza w art. 8 znaną systemowi prawa prywatnego zasadę *quod lege non prohibitum, licitum est*, a zatem przewidującą, że to co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone. Przedsiębiorca w ramach wykonywanej działalności gospodarczej może bowiem podejmować wszelkie działania, z wyjątkiem tych, których *expressis verbis* zakazują przepisy prawa. Przedsiębiorca może być zobowiązany do określonego działania tylko na podstawie przepisów prawa zawartych w systemie źródeł prawa powszechnie obowiązującego określonej rangi.

Tylko pozornie można dojść do prawidłowego wniosku, że zasada zakładająca, że to co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone, nie istnieje w polskim porządku prawnym, gdyż wprost nie została ona wyrażona ani w Konstytucji ani w innych źródłach powszechnie obowiązującego prawa. Jest ona elementem konstytutywnym całego porządku prawnego w obrębie cywilistyki.

Swoboda działalności gospodarczej, zawarta w obecnie obowiązującej ustawie, jest publicznym prawem podmiotowym kumulującym w sobie interes prawny oraz roszczenie. Zatem zawiera ono również ochronę dla każdego, kto podejmuje działalność gospodarczą. Należy więc ustalić czym w istocie jest przywoływana projektowana i pozytywowana prawnie zasada. W tym celu konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy istnieje wolność pozaprawna dla osób prawnych? Na tak postawiony problem należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Wolność oparta jest bowiem zawsze na literze prawa, która zarazem określa mechanizmy jej ochrony prawnej. Wolność gospodarcza nie tylko jest łączona z wieloma innymi wolnościami, ale jest także, jak już zostało uprzednio podniesione, publicznym prawem podmiotowym¹⁶. Publiczne prawa podmiotowe w opinii wielu przedstawicieli doktryny mogą wynikać z przyrodzonej,

¹⁶ „Jako prawo podmiotowe bezpośrednio przysługuje ona (wolność gospodarcza) osobom fizycznym. Powoływać się mogą na nią także osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które stanowią organizacyjno-prawne formy udziału osób fizycznych w działalności gospodarczej”. Zob. szerzej: H. Gronkiewicz-Waltz, K. Jaroszyński [w:] *Prawo Gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2015, s. 266. Należy jednak zawsze sprawdzić, czy ma ono zastosowanie do konkretnej osoby prawnej. Możemy również mówić o prawach podmiotowych państwa. Zob. szerzej: W. Jakimowicz, *O publicznych prawach podmiotowych*, PiP 1999/1, s. 43-44.

niezbywalnej godności człowieka¹⁷. Godność można jednak przypisać tylko osobom fizycznym a nie prawnym¹⁸. Zatem również i publiczne prawa podmiotowe rozumiane w takim ujęciu nie mogą odnosić się do osób prawnych. W konkluzji do tej części wyводу można podnieść, że nie istnieje wolność pozaprawna, ani publiczne prawo podmiotowe nie oparte na przedmiotowym porządku prawa kontekście determinującym sytuację prawną osób prywatnych¹⁹.

USDG umożliwiała każdemu podjęcie działalności gospodarczej. Natomiast w art. 8 projektu jest mowa o przedsiębiorcy a nie o każdym, przy czym definicja przedsiębiorcy znajduje się w art. 4 projektu. Należy zatem zastanowić się, czy należy ograniczyć definiowane przedsiębiorcy tylko do podmiotów w tym artykule wymienionych. Oczywiście taka literalna analiza doprowadziłaby do wniosków z gruntu *ad absurdum*. Konieczne jest zatem szerokie rozumienie przedsiębiorcy, zgodnie z potrzebami wykładni funkcjonalnej oraz systemowej. Dodać należy, że projektodawca rezygnuje z pojęcia swobody działalności gospodarczej. Art. 8 odnosi się natomiast tylko do wykonywania działalności gospodarczej. Co zatem z jej podjęciem? W przypadku takiego uregulowania konieczne byłoby wywodzenie swobody podjęcia działalności gospodarczej na gruncie art. 8 Prawa Przedsiębiorców w związku z art. 20 Konstytucji. Można zatem założyć, że „wykonywanie” kumuluje w sobie także „podjęcie” określonej działalności.

Błędne jest myślenie, że w polskim porządku prawnym mamy jedną zasadę do której inne będą się dostosowywać. Taki zamiar można jednak wywnioskować z projektu ustawy. W Konstytucji oraz w prawie międzynarodowym, w szczególności w prawie unijnym, istnieje wiele różnych innych zasad, za pomocą których należy zawsze redefiniować zaistniały stan faktyczny. Tworzenie zasady ustawowej, w przypadku kiedy nie jest ona zawarta w Konstytucji, jest zabiegiem nieudanym, jeżeli nie znajduje ona oparcia w porządku konstytucyjnym.

Nie istnieje możliwość przeprowadzenia podziału logicznego, w myśl którego dokonana się wyodrębnienia wyłącznie działalności gospodarczej przedmiotowo dozwolonej i niedozwolonej. Wraz z rozwojem społeczeństwa, technologii i postępującą innowacją oraz globalizacją powstają bowiem coraz to nowe „twory” które pomimo, że nie są *expressis verbis* wymienione z nazwy w akcie normatywnym jako zakazane, to jednak ich niedopuszczalność wymagana jest ze względu na interes publiczny, ze względu na ich negatywny skutek prawny. Istotą tego rozwiązania jest interpretacja z odpowiedniego przepisu, który znajdzie zastosowanie w danym stanie faktycznym tego co zakazane

¹⁷ Zob. szerzej: L. Bielecki [w:] *Prawo Administracyjne*, red. M. Zdyb, J. Stelmasiak, Warszawa 2016, s. 94–98. Autor przedstawia pełne *spectrum* poglądów co do rozumienia publicznego prawa podmiotowego.

¹⁸ Zob. szerzej: postanowienie TK z dnia 18 grudnia 2013 r. w sprawie Ts 13/12, OTK Z. U. 2014, nr IIB, poz. 833, w którym stwierdza, że osoby prawne nie mogą być beneficjentami praw i wolności konstytucyjnych. A zatem nie mają legitymacji do składania skargi konstytucyjnej, chyba że znajdują się w takiej samej sytuacji jak osoby fizyczne i inne osoby prawne, a kwestionowany przez nie akt prawny dotyczy ich na identycznych zasadach, na jakich mógłby dotyczyć tych właśnie podmiotów.

¹⁹ Zob. szerzej: W. Jakimowicz, *Publiczne Prawa podmiotowe*, Kraków 2002, s. 245–247. Autor potwierdza, że prawo podmiotowe ma swoje źródło w przyrodzonych prawach człowieka, jednak tylko w stosunku do osób fizycznych.

i dozwolone. A zatem „działalność niedozwolona” stanie się niedopuszczalną, ponieważ wymagać może tego np. ochrona życia i zdrowia, co jest wymogiem imperatywnym. Wolność gospodarcza nie oznacza bowiem samowoli, jej istotą jest kontrola, konieczna celem zabezpieczenia interesu publicznego²⁰. Można postawić także pytanie, w jaki sposób przedsiębiorca będzie szukał treści czynności prawnej normatywnie zakazanej? Szerokie *spectrum* zastosowania w prawie klauzul generalnych, redefiniowanych w każdym stanie faktycznym *ad casum* zmusza do refleksji, jak określić co jest prawem zabronione a co jest dozwolone. Ponadto przedsiębiorca ma być zobowiązany do danego działania tylko wówczas, gdy powinność taka wynika wyraźnie z przepisów prawa. Projektodawca nie wyjaśnia już jakiej rangi ma być to prawo. W celu osiągnięcia zgodności ustawy z Konstytucją należy przyjąć, że obowiązek taki może wynikać tylko z ustawy lub prawa międzynarodowego albo samej ustawy zasadniczej. Wątpliwości te zmuszają do refleksji, iż możliwe zatem, że w istocie dopiero utrwalona linia orzecznicza zastąpi do pewnego stopnia ustawodawcę i odpowie na tak postawione pytania.

Regulacja zawarta w Projekcie Przedsiębiorców będzie mieć szczególne znaczenie dla podmiotów administrowanych, gdyż reguluje ona podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w tym prawa i obowiązki przedsiębiorców. W tym samym zakresie dotyczy ona także organów administracji publicznej, których zadaniem będzie m.in. odpowiednia redefinicja klauzul generalnych.

Zasadą administracji jest *good governance*²¹, jednak uwzględniając zarówno międzynarodowe współczynniki²², jak i ogólne odczucie polskiego społeczeństwa należy stwierdzić, że nie jest ona odpowiednio realizowana. Dla przedsiębiorców niezwykle istotna jest pewność prawa, dlatego też zasada „co prawem nie jest zabronione, jest dozwolone” może mieć korzystny impuls dla podmiotów administrowanych prowadzących działalność gospodarczą. Aksjologicznie bowiem zasada ta brzmi niezwykle obiecująco. Należy jednak skonstatować, że norma prawna nie powinna przede wszystkim pozostawiać wątpliwości co do treści, wprowadzone rozwiązanie tworzy ich jednak zbyt wiele, zatem nie może być to usprawiedliwieniem dla projektodawcy. Oczywiście dla prawa administracyjnego w kontekście sytuacji prawnej podmiotów administrujących zastosowanie mieć tutaj będzie zasada kompetencyjności.

Konstatując można stwierdzić, że propozycja nowelizacji ustawy o swobodzie działalności gospodarczej w zakresie wprowadzanej zasady przewidującej, że to co prawem

²⁰ Uwagę na to zwraca także Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Organ kontroli ma prowadzić postępowanie zgodnie z zasadą legalizmu a nie dążyć do zadowolenia przedsiębiorcy. Nie istnieje także relacja, w której przedsiębiorca będzie klientem organu kontroli. Zob. szerzej: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12295217/12416233/12416236/dokument285911.pdf>, s. 64.

²¹ Tłum.: „dobre rządzenie”. Użyte pojęcie związane jest z multicytrycznością prawa administracyjnego. Zob. szerzej: P. Wszolek, *Kryteria wyodrębniania prawa administracyjnego*, Warszawa 2016, s. 62–103. Polega na wdrażaniu uniwersalnych wartości prawidłowego administrowania. Zob. szerzej: M. Kulesza, M. Niziołek, *Etyka służby publicznej*, Warszawa 2010, s. 131. Zasada ta jest również niezwykle istotna dla państw członkowskich Unii Europejskiej. Zob. szerzej: J. Supernat [w:] *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawno administracyjne. Tom I*, red. J. Sługocki, Wrocław 2014, s. 665–678.

²² <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>.

nie jest zabronione, jest dozwolone, nie doprowadzi ani do zapowiadanej liberalizacji przepisów dotyczących rozpoczęcia i prowadzenia działalności gospodarczej, ani nie doprowadzi do pobudzenia przedsiębiorczości wśród polskiego społeczeństwa. Proponowaną zmianę należy zatem ocenić negatywnie.

3. Zasady w Projekcie Prawa Przedsiębiorców

Projekt Prawa Przedsiębiorców wprowadza przepisy ogólne, które są o tyle istotne, że ich celem jest wprowadzenie pewnej części ogólnej²³. Przedmiotem dalszej analizy są niektóre z zaproponowanych zmian, mogące wywoływać największe wątpliwości co do ich właściwej wykładni.

A. Zasada domniemania uczciwości przedsiębiorcy

Zgodnie z art. 10 projektu: organ kieruje się w swoich działaniach zasadą zaufania, zakładając, że przedsiębiorca działa uczciwie, zgodnie z prawem oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów. Należy uznać, że art. 10 ust. 1. w związku z art. 7 pkt. 4 definiuje organ niezwykle szeroko. Będzie to zatem podmiot właściwy w sprawach podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej a to organ administracji publicznej, samorządu zawodowego oraz inny organ władzy publicznej. A zatem należy skonstatować, że organem, który ma kierować się omawianą zasadą będzie np. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie spraw regulowanych niniejszą ustawą²⁴. Powstaje w tym momencie problem: jak długo organy mają czynić zadość wprowadzanej zasadzie. Trzeba uznać, że domniemanie uczciwości przedsiębiorcy nie może mieć charakteru absolutnego, musi być wzruszalne. Brak jednak uregulowania, kiedy zmieni się kwalifikacja domniemania i organ będzie mógł zaprzestać kierowania się zasadą domniemania uczciwości przedsiębiorcy. Z niniejszej normy prawnej możemy tylko wywnioskować, że skoro dotyczy ono założenia, że przedsiębiorca działa uczciwie, zgodnie z prawem oraz z poszanowaniem dobrych obyczajów, to jeśli zostanie udowodnione, że przedsiębiorca nie wypełnia hipotezy niniejszego założenia, wówczas domniemanie zostanie wzruszone. Ponadto art. 10 ust. 2 zakłada, że jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w tym zakresie pozostają niedające się usunąć wątpliwości co do stanu faktycznego, organ rozstrzyga je na korzyść przedsiębiorcy. Normy tej nie da się pogodzić w żaden sposób z zasadą prawdy materialnej²⁵. W tym zakresie istotą prawa administracyjnego jest wyjaśnienie wszelkich okoliczności faktycznych

²³ Zob. szerzej: Projekt ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12118865140.pdf>; J. Zimmermann, *Opinia prawna na temat projektu ustawy – Przepisy ogólne prawa administracyjnego*, Zeszyty Prawnicze BAS 2010, nr 2, s. 21–50. W opinii tej autor negatywnie odnosi się przedstawionego projektu części ogólnej prawa administracyjnego.

²⁴ Organem w myśl projektu będzie także m.in. Prezes Narodowego Banku Polskiego.

²⁵ Organ wyjaśniający sprawę zobowiązany jest do podejmowania wszelkich czynności niezbędnych do ustalenia stanu faktycznego zgodnego z rzeczywistością. Zob. szerzej: Z. Kmiecik, *Postępowanie administracyjne, postępowanie egzekucyjne w administracji i postępowanie sądowo administracyjne*, Warszawa 2017, s. 53–54. Zasada prawdy obiektywnej jest naczelną zasadą postępowania administracyjnego.

istotnych dla sprawy, związanie ich z literą prawa, dokonanie subsumcji i wydanie wiążącego rozstrzygnięcia danej sprawy. Nieostre użycie pojęcia nie daje w konsekwencji usunąć wątpliwości normatywnej, kto ma zaistniały stan stwierdzić. Oceny organu i przedsiębiorcy, zależnie od zaistniałej sytuacji, będą rzecz jasna odmienne.

W ramach analizy omawianego zagadnienia należy w ramach refleksji zastanowić się nad tym, czy projektodawca nie skorelował zbyt szeroko prawa karnego z prawem administracyjnym. Domeną tego pierwszego jest zasada domniemania niewinności. W postępowaniu administracyjnym zadaniem organów jest całkowite wyjaśnienie sprawy zgodnie z zasadą prawdy materialnej. Mimo, że istnieje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁶ oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej²⁷ potwierdzające konieczność uwzględnienia domniemania niewinności w toku prowadzonego postępowania, to jednak trzeba skonstatować, że nie jest ono charakterystyczne dla prawa administracyjnego. Obowiązkiem bowiem organów jest obiektywne administrowanie, wymagające całkowitego wyjaśnienia sprawy, bez powoływania się na domniemania niewinności.

B. Zasada przyjaznej interpretacji przepisów (*in dubio pro libertate*)

Art. 11 ust. 1 określa, że jeżeli przedmiotem postępowania przed organem jest nałożenie na przedsiębiorcę obowiązku bądź ograniczenie lub odebranie uprawnienia, a w sprawie pozostają wątpliwości co do treści normy prawnej, wątpliwości te są rozstrzygane na korzyść przedsiębiorcy, chyba że sprzeciwiają się temu sporne interesy stron albo interesy osób trzecich, na które wynik postępowania ma bezpośredni wpływ. Należy zastanowić się, czy nie została tutaj naruszona zasada równości, bowiem czemu tylko co do przedsiębiorców ma odnosić się projektowana zasada? Odpowiednie przepisy, jeśli już są one wprowadzane, powinny znaleźć się w kodeksie postępowania administracyjnego i odnosić się do wszystkich podmiotów prawa.

W aktach normatywnych nie jest co do zasady używane pojęcie normy prawnej. Konstruuje się ją bowiem na podstawie przepisów i systemu prawa. Wątpliwości mogą być związane z przepisem prawnym i jego interpretacją, natomiast treść normy prawnej zawsze będzie jasna, jeśli udało się ją zinterpretować. Zatem wydaje się, że projektodawca niesłusznie posługuje się omawianym pojęciem. Nadto należy zastanowić się, co zostało już uprzednio uczynione przy okazji analizy poprzedniej normy, czy rzeczywiście w prawie administracyjnym mogą pozostawać wątpliwości. Zasada prawdy materialnej

Zob. szerzej: B. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 60.

²⁶ Zgodnie z orzecznictwem ETPC sprawa karna jest rozumiana szeroko, obejmuje ona np. postępowanie antymonopolowe, czyli domenę prawa administracyjnego. Zob. szerzej: P. Sosnowski, *Prawo przedsiębiorstw do obrony w postępowaniu antymonopolowym przed Komisją Europejską*, Warszawa 2013, s. 20–23.

²⁷ Zob. szerzej: M. Michałek-Gervais, *Możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności przedsiębiorcy za antykonkurencyjne zachowanie niezależnego usługodawcy. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 21 lipca 2016 r. w sprawie VM Remonts SIA, Ausma grupa SIA przeciwko Konkurences padome (oraz Konkurences padome przeciwko Pārtikas kompānija SIA)*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2016/5/7, s. 121.

wyklucza co do zasady możliwość wystąpienia takich. Zawsze jest wątpliwość na wstępie powstawania rozstrzygnięcia, jaka norma znajdzie zastosowanie w danym splocie stanu faktycznego. Sprawa administracyjna²⁸ wyróżnia się jednak tym, że mamy pewne zdarzenia, które muszą wreszcie napotkać na normę odpowiadającą jego treści. Należy również zastanowić się, jak bardzo kwalifikowana ma być dana wątpliwość, aby móc zastosować daną normę prawną. Wątpliwość może być bowiem szeroko rozumiana. Czy projektodawcy chodzi o wątpliwość organu wynikającą z błędnej techniki legislacyjnej danego aktu normatywnego? Należy skonstatować, że przepis ten jest zbyt ogólny, pozostawia wiele niejasności oraz nie da się pogodzić go z zasadami postępowania administracyjnego. Mimo, że intencje projektodawcy są generalnie pozytywne, to ich realizacja może być kontrkonstruktywna. Bezwzględnie obowiązujący charakter prawa administracyjnego nie stoi w sprzeczności stosowaniu zasady *in dubio pro libertate*²⁹, stanowiącej fundament demokratycznego państwa prawnego, jednak ewentualne jej zastosowanie nie może prowadzić do zaistnienia jeszcze większych wątpliwości.

C. Prawo do oceny jakości obsługi i zasada zaufania do administracji publicznej

Organy na podstawie art. 12 ust. 1 mają dążyć do zapewnienia wysokiej jakości obsługi przedsiębiorców. Taka deklaracja zmusza do refleksji na ile będzie ona mieć wiążący charakter dla podmiotów administrujących. Trudno wyobrazić sobie bowiem sytuację, w której to omawiany przepis prawny stanie się samodzielną podstawą prawną. Zawsze organ może uważać, że zasada ta jest pojęciem niezwykle nieostrym i stwierdzić, że przecież dążył do zapewnienia wysokiej jakości obsługi przedsiębiorców. Angażując w ten proces całe swoje doświadczenie i czynniki jakimi dysponował, co oznacza wysoką jakość. Analizując kolejny ustęp tego przepisu trzeba ponadto skonkludować, że jedyną ewentualną sankcją dla podmiotów administrujących będzie możliwość ich ocenienia w ankietach, do czego mają prawo przedsiębiorcy obsłużeni przez dany urząd. Skonstatować należy, że nieostra definicja tej zasady, niemożliwość skutecznego powołania się na nią w procesie sądowym oraz brak sankcji dla organów administracji publicznej jej naruszenia sprowadza ją tylko do „pustego” przepisu. Wydaje się nawet, że w dobre praktyki administracyjne państwo próbuje wprowadzić normą ustawową, która w rzeczywistości nie zmienia stanu rzeczy.

Art. 13 ust. 1 traktuje natomiast o tym, że organ prowadzi postępowanie w sposób budzący zaufanie przedsiębiorcy. Co z tego przepisu wynika? Czy jeśli przedsiębiorca stwierdzi, że podmiot administrujący nie budzi w nim zaufania to wówczas nie jest uczynione zadość wprowadzonej zasadzie? Jest to przykład kolejnego przepisu, który stwarza wiele wątpliwości przez swoje nieostre ujęcie, brak uregulowanej sankcji za jego naruszenie.

Istnieje także wątpliwość, czy wprowadzane zasady będą zgodne z zasadą równości podmiotów wobec prawa, ponieważ nakazują one traktować „wyjątkowo” tylko *stricte*

²⁸ Kompleksowe ujęcie pojęcia sprawy administracyjnej: T. Kielkowski, *Sprawa administracyjna*, Kraków 2004.

²⁹ J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 67.

oznaczoną grupę podmiotów administrowanych tj. przedsiębiorców. Proponuje się zatem, żeby przepisy te znalazły się w kodeksie postępowania administracyjnego i dotyczyły wszystkich podmiotów prawa. Prawdopodobnie uwaga ta zostanie uwzględniona w toku dalszych prac nad ustawą, przynajmniej co do art. 12.

D. Reguła interpretacyjna co do pierwszeństwa stosowania ustawy – Prawo przedsiębiorców

Uregulowanie w art. 18 dobitnie pokazuje, że jednym z celów projektodawcy było stworzenie pewnych zasad ogólnych dla publicznego prawa gospodarczego. Przepis ten stwierdza, że jeżeli na tle przepisu ustawy odrębnej powstają wątpliwości interpretacyjne co do treści uprawnień przedsiębiorcy w zakresie uregulowanym w niniejszej ustawie, stosuje się zawsze odpowiedni przepis niniejszej ustawy, o ile jest on korzystniejszy dla przedsiębiorcy. Już na początku widać niekonsekwencję ustawodawcy, ponieważ w analizowanym przepisie używa on pojęcia wątpliwości interpretacyjnych co do treści przepisu a nie normy prawnej, jak w art. 11 ust. 1. niniejszej ustawy. Konstatując należy stwierdzić, że z powodów już wcześniej omówionych są one aktualne również i w kontekście tego przepisu, szczególnie kiedy mowa o wątpliwościach. Dodatkowo, jak rozumieć pojęcie „korzystniejszy dla przedsiębiorcy”? Czy on sam będzie mógł zdecydować, jaki przepis zastosować? Rozwiązanie to negatywnie oceniło Rządowe Centrum Legislacji:

Osiągnięcie takich celów wymagałoby bowiem wprowadzenia takich „uprawnień przedsiębiorcy” do Konstytucji RP. Proponowane zasady stosowania przepisów są niezgodne z konstytucyjną hierarchią źródeł prawa, zgodnie z którą wszystkie ustawy zwykłe są „sobie równe” a przymiot «nadrzędności» przysługuje wyłącznie ustawie konstytucyjnej, zaś proponowane zasady wykładni są odwróceniem podstawowej dyrektywy interpretacyjnej wywiedzionej z prawa rzymskiego (*lex specialis derogat legi generali*)³⁰.

Ponadto uważa się, że takie rozwiązanie godzi w zasadę legalizmu oraz jako, że jest błędne systemowo, to okaże się bezskuteczne. Należy także dodać, że przepis o analogicznym brzmieniu w prawie budowlanym został przez Trybunał Konstytucyjny oceniony w uzasadnieniu wyroku jako budzący zasadnicze wątpliwości w kontekście wywodzonej z art. 2 Konstytucji zasady przyzwoitej legislacji³¹.

4. Podsumowanie

Poddając ocenie omawiane rozwiązania i zasady ogólne, które mają znaleźć się w nowej ustawie traktującej o podmiotach podejmujących i prowadzących działalność gospodarczą, należało ocenić je wielopłaszczyznowo. Na kanwach niniejszego opracowania zostały przedstawione poglądy co do wątpliwości, które uwidaczniają się w kontekście

³⁰ <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12295217/12416233/12416236/dokument285911.pdf>, s. 18.

³¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 kwietnia 2011 r. sygn. akt Kp 7/09, OTK ZU nr 3/A/2011, poz. 26.

projektowanych przepisach ustawy. Wydaje się, że pomimo *ratio* projektu mającego na celu liberalizację prawa dla przedsiębiorców, w istocie projektodawca, posługując się wieloma zwrotami nieostrymi, jeszcze bardziej komplikuje sytuację podmiotów administrowanych niż miało to miejsce dotychczas. Należy podnieść, że to właśnie nieprecyzyjność legislacji jest jednym z najbardziej uciążliwych powodów wskazywanych przez przedsiębiorców jako utrudniający prowadzenie działalności gospodarczej. Podejmowana problematyka będzie mieć także istotne znaczenie dla podmiotów administrujących, bowiem również i dla nich pojęcia nieokreślone stanowią znaczne wyzwanie. W szczególności wówczas, kiedy linia orzecznicza nie została należycie ugruntowana. Z tego powodu wprowadzane zmiany nie są obojętne dla władzy sądowej. Zatem, pomimo dobrych intencji projektodawcy, nie mogą one usprawiedliwiać niejasnych norm prawnych. Proponowane zmiany są niedopracowane i niosą ze sobą niebezpieczeństwo niepewności co do ich rzeczywistego obowiązywania.

* * *

The New Rules of Business Activity in the Law of Entrepreneurs

Ministry of Economic Development in course of pursuing Responsible Development Plan presented the Constitution of Business, in which it included the project of the bill changing the Law of Entrepreneurs. In fact it is merely the amendment of the freedom of economic activity bill (referred to as “USDG”) which is currently in force. The ratio of these changes is to stimulate entrepreneurship and to introduce solutions that facilitate the carrying out of business. The purpose of this publication is to analysis rules/declarations contained in the draft law, set out to regulate the status of the entrepreneur in a democratic state of law. The most important solutions have been carefully considered yet despite numerous objections and concerns the Ministry of Economic Development is going to introduce them to the legal system. The synthesis of this development is especially current as provisions of a similar wording will appear very often in the course of work on the various normative acts, also on the project of the administrative procedure code.

Key words: entrepreneur, bill, freedom, Constitution, law

Mikołaj Duś¹

Ustanowienie rozdzielności majątkowej z mocą wsteczną – między ochroną dobra rodziny a naruszeniem interesów osób trzecich

Streszczenie:

Artykuł opisuje instytucję ustanowienia rozdzielności majątkowej w postępowaniu sądowym. Celem artykułu jest przedstawienie regulacji art. 52 kodeksu prawa rodzinnego i opiekuńczego oraz jej wpływu na sytuację prawną małżonków. Ze względu na możliwość prowadzenia egzekucji wierzytelności z majątku wspólnego, szczególnie w sytuacji długotrwałej separacji faktycznej małżonków, rozdzielność majątkowa może zostać ustanowiona także z mocą wsteczną. W ten sposób składniki majątkowe przypadające z majątku wspólnego na małżonka dłużnika będą co do zasady wolne od egzekucji wierzyciela. Z tego powodu sąd obowiązany jest wziąć pod uwagę konieczność ochrony interesów majątkowych osób trzecich, które mogłyby zostać naruszone. W każdym wypadku, zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego, ustanowienie rozdzielności majątkowej z mocą wsteczną powinno być stosowane jedynie w sytuacjach wyjątkowych i uzasadnionych ustawowym celem omawianej regulacji.

Słowa kluczowe: rozdzielność majątkowa, majątek małżeński, zobowiązania, wspólność majątkowa

1. Wprowadzenie

W polskim systemie prawa za podstawowy sposób regulacji majątkowych stosunków małżeńskich został uznany ustroj wspólności majątkowej. W przypadku braku przesłanek do powstania ustroju przymusowej rozdzielności majątkowej lub zawarcia umowy majątkowej małżeńskiej, zgodnie z art. 31 § 1 k.r.o., w chwili zawarcia małżeństwa

¹ Autor jest studentem V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

dochodzi do powstania majątku wspólnego, obejmującego przedmioty majątkowe nabyte w czasie trwania ustroju ustawowego przez oboje małżonków lub przez jednego z nich, oraz majątków osobistych².

Małżonkowie są uprawnieni do samodzielnego zarządu i współposiadania rzeczy wchodzących w skład tego majątku w zakresie, w jakim żadne z nich nie narusza praw drugiego małżonka. Ustawowo uregulowany w art. 36 § 1 k.r.o. obowiązek współdziałania w zarządzie majątkiem wspólnym oraz wzajemnego informowania o jego stanie i powstałych zobowiązaniach obciążających składniki majątku, może jednak doznawać uszczerbku w sytuacji, gdy małżeństwo nie funkcjonuje prawidłowo. Brak porozumienia małżonków, trwonienie majątku wspólnego lub prowadzenie działalności gospodarczej obciążonej wysokim stopniem ryzyka przez jednego z małżonków mogą prowadzić do powstania zobowiązań obciążających majątek wspólny i zagrażających interesom drugiego małżonka, a pośrednio również założonej przez nich rodziny.

W takim wypadku pojawia się potrzeba poszukiwania rozwiązań prawnych, które pozwalałyby jednemu z małżonków uniknąć odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte podczas trwania wspólności majątkowej. Jednym z nich jest możliwość zastosowania instytucji sądowego ustanowienia rozdzielnosci majątkowej, która pod pewnymi warunkami może być wprowadzona również z mocą wsteczną.

2. Ustanowienie rozdzielnosci majątkowej

Przekształcenie obowiązującego między małżonkami ustroju majątkowego w ustrój rozdzielnosci majątkowej powoduje powstanie odrębnych majątków każdego z nich. Do składników majątku wspólnego mają zastosowanie odpowiednio przepisy o współwłasności w częściach ułamkowych (art. 46 k.r.o. w zw. z art. 1035 k.c.)³. Mając na uwadze bezudziałowy charakter wspólności majątkowej, zobowiązania obciążające jednego z małżonków mogą prowadzić do egzekucji z wszystkich składników majątku wspólnego, jeżeli małżonek zaciągnął zobowiązanie za zgodą drugiego małżonka (art. 41 § 1 k.r.o.). W ten sposób składniki majątkowe przypadające z majątku wspólnego na małżonka dłużnika nie będą, co do zasady, wolne od egzekucji wierzyciela, co wynika *a contrario* z art. 42 k.r.o. Instytucja ustanowienia rozdzielnosci majątkowej może jednak spowodować, pod pewnymi warunkami, ograniczenie egzekucji wierzyciela lub nawet ją uniemożliwić w przypadku, gdy zobowiązania zostały zaciągnięte po dniu ustanowienia rozdzielnosci majątkowej. Innymi słowy, jeżeli podział majątku wspólnego nastąpił przed dniem dokonania przez jednego z małżonków czynności prawnej z wierzycielem, sąd w określonych w ustawie wypadkach nie będzie mógł nadać klauzuli wykonalności przeciwko małżonków dłużnika, który nabył składniki majątku wspólnego w wyniku podziału po ustaniu wspólności majątkowej. Tym samym małżonkowie, których majątek wspólny jest zagrożony zajęciem przez wierzyciela, będą zainteresowani jak najwcześniejszym oznaczeniem daty ustanowienia rozdzielnosci majątkowej.

² Dz.U. 2015 poz. 2082.

³ Dz.U. 2016 poz. 380.

Każdy z małżonków może również, według art. 52 § 1 k.r.o., z ważnych powodów żądać ustanowienia rozdzielności majątkowej na drodze postępowania sądowego. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu, do wystąpienia z niniejszym żądaniem nie jest wymagana zgoda drugiego z małżonków. Uznając powództwo za zasadne, sąd wydaje wyrok ustanawiający rozdzielność majątkową między małżonkami z dniem oznaczonym w wyroku. Co do zasady będzie to najwcześniej dzień wniesienia pozwu⁴. Jednakże, na podstawie art. 52 § 2 k.r.o., sąd w wyjątkowych wypadkach może ustanowić między małżonkami ustrój rozdzielności majątkowej z dniem wcześniejszym niż dzień wytoczenia powództwa. Taka możliwość może być szczególnie atrakcyjna dla osób pozostających w długotrwałej separacji faktycznej lub pragnących uchronić partnera przed konsekwencjami zaciągniętych zobowiązań. Zniesienie wspólności majątkowej wyrokiem sądu jest skuteczne, na podstawie art. 435 § 1 k.p.c. w zw. z art. 452 k.p.c., również wobec osób trzecich⁵. Nie jest zatem możliwe, po ustanowieniu rozdzielności majątkowej na mocy wyroku sądu, nadanie klauzuli wykonalności skierowanej przeciwko małżonkowi dłużnika. Nawet jeżeli zobowiązania finansowe zostały zaciągnięte za zgodą drugiego małżonka, według art. 41 § 1 k.r.o. egzekucja wierzytelności będzie w takim wypadku ograniczona jedynie do majątku osobistego dłużnika oraz składników majątkowych majątku wspólnego, które weszły do niego przed dniem oznaczonym w wyroku. Zgodnie z *ratio legis* przyjętym w uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji kodeksu prawa rodzinnego i opiekuńczego z dnia 17 czerwca 2004 r., art. 52 § 2 k.r.o. stanowi „względ na niedostatek świadomości prawnej konsekwencji pozostawania we wspólności”⁶. Należy mieć jednak na uwadze, że powództwo o ustanowienie rozdzielności majątkowej z dniem wcześniejszym niż dzień jego wytoczenia ma nie ma charakteru samodzielnego względem art. 52 § 1 k.r.o., może zostać uwzględnione przez sąd jedynie wtedy, gdy zostaną spełnione wszystkie przesłanki zarówno podstawowej jak i subsydiarnej formy tej instytucji prawnej⁷.

3. Aspekty proceduralne powództwa z art. 52 k.r.o.

Legitymację czynną do wystąpienia z żądaniem o ustanowienie rozdzielności majątkowej posiada każdy z małżonków oraz wierzyciel, jeżeli uprawdopodobni, że jego wierzytelność stwierdzona tytułem wykonawczym wymaga dokonania podziału majątku wspólnego. Powództwo może wnieść również prokurator, zgodnie z art. 55 k.p.c., ale jedynie na rzecz konkretnie wskazanego małżonka, gdyż nie jest to jego samodzielne uprawnienie⁸.

⁴ E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie Ustroje Majątkowe*, Warszawa 2010, s. 103.

⁵ Dz.U. 2014 poz. 101.

⁶ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 17.06.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP IV Kadencji, druk nr 1566, Warszawa 23.04.2003 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1566/\\$file/1566.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1566/$file/1566.pdf), 20.03.2016.

⁷ Uchwała SN z dnia 30.05.1996 r., sygn. III CZP 54/96, Legalis nr 30021.

⁸ *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2015, s. 286.

Warto zauważyć, że art. 52 § 1 k.r.o. nie uzależnia dopuszczalności wytoczenia niniejszego powództwa od problematyki winy małżonka. Zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego małżonek wyłącznie winny separacji faktycznej może również żądać ustanowienia rozdzielnosci majątkowej⁹. Jego powództwo mogłoby zostać oddalone jedynie w sytuacji, gdy wzgląd na dobro rodziny i pozwanego małżonka przesądza o naruszeniu przez powództwo zasad współżycia społecznego z art. 5 k.c.

Aktualne brzmienie przepisu zostało wprowadzone ustawą nowelizującą z dnia 17 czerwca 2004 r., która uchyliła poprzednio obowiązującą możliwość żądania zniesienia wspólności majątkowej¹⁰. Zmiana ta nie miała charakteru pozornego, ponieważ zgodnie ze stanem prawnym sprzed nowelizacji instytucja art. 52 k.r.o. obejmowała swym zakresem jedynie ustroj wspólności majątkowej wynikający z ustawy lub umowy. W nowym brzmieniu przepis dopuszcza ustanowienie rozdzielnosci majątkowej w miejsce każdego innego przyjętego przez małżonków ustroju, powstałego zarówno z mocy ustawy, jak i zawartej przez nich umowy, w tym również umownego ustroju rozdzielnosci majątkowej z wyrównaniem dorobków.

Według treści przepisu nie będzie dopuszczalne żądanie zastosowania art. 52 k.r.o. w sytuacji, jeżeli między małżonkami została już ustanowiona umowna rozdzielnosc majątkowa. Celem powództwa z art. 52 k.r.o. jest zmiana istniejącego stanu prawnego poprzez zastąpienie obowiązującego między małżonkami ustroju majątkowego rozdzielnoscią majątkową, zatem wyrok sądu orzekającego w sprawie ma charakter konstytutywny. Mając na uwadze fakt, że art. 52 § 2 zd. 2 k.r.o. nie tworzy samodzielnej podstawy roszczenia, małżonkowie, którzy zawarli umowę rozdzielnosci majątkowej nie posiadają legitymacji prawnej do wystąpienia z powództwem przewidzianym w art. 52 § 1 k.r.o. wraz z żądaniem oznaczenia daty wstecznej¹¹.

Zgodnie z art. 17 pkt. 4 k.p.c., niezależnie od wartości przedmiotu sporu, sprawy z zakresu ustanowienia rozdzielnosci majątkowej między małżonkami należą do właściwości rzeczowej sądów rejonowych. Na podstawie art. 41 k.p.c. będzie to sąd, w którego okręgu małżonkowie mieli ostatnie miejsce zamieszkania, jeżeli choć jedno z nich nadal w tym miejscu zamieszkuje lub przebywa. W sytuacji odmiennej właściwy jest sąd miejsca zamieszkania pozwanego, a gdy nie można go ustalić, należy wytoczyć powództwo przed sąd właściwy miejscowo dla powoda.

4. Powstanie rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną

Na podstawie art. 52 § 2 k.r.o. sąd może elastycznie kształtować zakres czasowy orzeczenia. W sytuacji, gdy okoliczności sprawy będącej przedmiotem kognicji sądu nie uzasadniają orzeczenia rozdzielnosci z datą wcześniejszą, sąd może orzec o przekształceniu ustroju majątkowego najpóźniej z dniem uprawomocnienia wyroku. Natomiast zgodnie z aktualnym orzeczeniem Sądu Najwyższego nie jest dopuszczalne ustanowienie

⁹ Wyrok SN z dnia 27.01.2000 r., sygn. III CKN 426/98, Legalis nr 56331.

¹⁰ Dz.U. nr 162 poz. 1691.

¹¹ Uchwała SN z dnia 30.05.1996 r., sygn. III CZP 54/96, Legalis nr 30021.

rozdzielności majątkowej z dniem wcześniejszym niż chwila zaistnienia ważnych powodów potwierdzających zasadność powództwa¹².

Chwilę ustanowienia rozdzielności majątkowej sąd orzekający w sprawie zobowiązany jest oznaczyć w sentencji wyroku uwzględniającego powództwo, wskazując konkretny dzień, miesiąc i rok, nawet jeżeli powód sam o to nie wnosił. Jest to bowiem obligatoryjny element wyroku. W wypadku niedopełnienia przez sąd tego obowiązku, zgodnie z poglądem Sądu Najwyższego, strona procesu ma prawo złożyć wniosek o uzupełnienie wyroku, zgodnie z art. 352 § 1 k.p.c. w ciągu dwóch tygodni od jego ogłoszenia lub od dnia doręczenia¹³. Jeżeli strona nie skorzysta z przysługującego jej uprawnienia, rozdzielność majątkowa zostanie ustanowiona z dniem uzyskania przez wyrok prawomocności. Warto zauważyć, że w ewentualnym postępowaniu odwoławczym strona nie będzie mieć możliwości dowodzenia słuszności nadania wyrokowi mocy *ex tunc*, gdyż nie można wnieść apelacji od nieistniejącego orzeczenia.

Natomiast jeżeli w sentencji wyroku zostanie oznaczona data odmienna od tej, która była wskazana w powództwie, a sąd nie wydał postanowienia o oddaleniu powództwa w zakresie żądania dotyczącego ustanowienia rozdzielności majątkowej z datą wcześniejszą, strona ma prawo kwestionować wyrok w postępowaniu odwoławczym¹⁴. Nie jest to bowiem orzeczenie niezupełne, o którym stanowi art. 351 § 1 k.p.c.

5. Kryteria oceny zasadności powództwa

Podstawowym kryterium oceny, czy powództwo o ustanowienie rozdzielności majątkowej między małżonkami może zostać uwzględnione, jest przesłanka wystąpienia ważnych powodów. Ustawa nie zawiera legalnej definicji tego pojęcia. W literaturze za ważne powody uznaje się wystąpienie w danym małżeństwie okoliczności uniemożliwiających dalsze pozostawanie we wspólności majątkowej bez naruszenia interesów jednego z małżonków i założonej przez niego rodziny oraz prowadzących do sytuacji sprzecznych z zasadami współżycia społecznego¹⁵.

W judykaturze prezentowane były sprzeczne poglądy w zakresie ustalenia charakteru przesłanki ważnych powodów. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1972 r. ważne powody, w rozumieniu art. 52 § 1 k.r.o., mogą mieć charakter nie tylko majątkowy przejawiający się m.in. w trwonieniu majątku, lecz także niemajątkowy np. w przypadku powstania trwałej niezdolności do wykonywania zarządu majątkiem wspólnym¹⁶. Natomiast w wyroku z dnia 22 listopada 1994 r. Sąd Najwyższy wskazał, iż mogą one występować jedynie w zakresie sfery majątkowej, choć ich podłoże mogą stanowić przyczyny również natury osobistej¹⁷. Do pierwszego stanowiska przychylił się Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 13 stycznia 2000 r., gdzie wyraził

¹² Uchwała SN z dnia 27.03.1972 r., sygn. III CZP 69/70, Legalis nr 16142.

¹³ Wyrok SN z dnia 06.12.1976 r., sygn. III CRN 230/76, OSNC 1977, nr 10 poz. 190.

¹⁴ Postanowienie SN z dnia 03.11.2010 r., sygn. V CZ 78/10, Legalis nr 402671.

¹⁵ L. Stecki, *Ustanie ustawowej wspólności majątkowej małżeńskiej*, Poznań 1968, s. 12.

¹⁶ Wyrok SN z dnia 06.11.1972 r., sygn. III CRN 250/72, OSNC 1973, nr 6 poz. 113.

¹⁷ Wyrok SN z dnia 22.11.1994 r., sygn. II CRN 131/94, OSNC 1995, nr 4 poz. 69.

pogląd, że separacja faktyczna może być uznana za ważny powód, jeżeli utrudnia bądź uniemożliwia współdziałanie w zarządzie, niezależnie od wystąpienia trwałego i zupełnego rozkładu pożycia¹⁸.

Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o zmianie ustawy kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw wprowadziła istotne zmiany również w zakresie możliwości ustanowienia rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną. Do momentu wejścia jej w życie, tj. do dnia 19 stycznia 2005 r., art. 52 § 2 nie zawierał żadnych ograniczeń nadania wyrokowi mocy *ex tunc*, za wyjątkiem zaistnienia w dacie zniesienia wspólności ważnych powodów związanych z dobrem rodziny. Pierwotna linia orzecnicza Sądu Najwyższego opierała się więc na założeniu, że należy chronić interesy małżonka poszkodowanego w pełnym wymiarze, równocześnie szeroko interpretując przesłankę ważnych powodów. W zaleceniach kierunkowych, uchwalonych przez pełen skład izby cywilnej Sądu Najwyższego w dniu 9 czerwca 1976 r., wskazano wprost, że intencją ustawodawcy było ograniczenie uprzywilejowanej pozycji wierzycieli, którzy mogli żądać zaspokojenia z całego majątku dłużnika, naruszając tym samym dobro danej rodziny¹⁹. Natomiast w latach dziewięćdziesiątych Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że w wypadku stosowania tej instytucji niezbędna jest daleko posunięta ostrożność, szczególnie w przypadku znoszenia wspólności majątkowej z datą sprzed wytoczenia powództwa²⁰.

Ustawodawca, kierując się wskazaniem judykatury, zmienił w ustawie nowelizującej treść art. 52 § 2 k.r.o. stanowiąc, że powstanie rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną ma charakter szczególny i może być uzasadnione jedynie w wyjątkowych wypadkach. Przepis ten formułuje zatem bardziej rygorystyczne kryteria oceny zasadności powództwa zawierającego niniejsze żądanie, gdyż wymaga aby wskazane w uzasadnieniu ważne powody miały charakter wyjątkowy. Ustawa również nie precyzuje zakresu tego pojęcia, ale wskazuje na przykładową okoliczność uzasadniającą takie rozstrzygnięcie, którą jest długotrwałe życie w rozłączeniu. Pojęcie to należy rozumieć jako występowanie pomiędzy małżonkami separacji faktycznej, jednakże nawet jej zaistnienie nie jest dla sądu obligatoryjne²¹. W ocenie Sądu Najwyższego zastosowanie art. 52 § 2 zd. 2 k.r.o. jest dopuszczalne jedynie wtedy, gdy w wyniku separacji faktycznej w chwili wskazanej jako dzień ustania wspólności zarząd majątkiem wspólnym był niemożliwy²².

Takie orzeczenie może być zatem uzasadnione w sytuacji, gdy jeden z małżonków, który nieracjonalnie gospodaruje swoimi finansami, od lat nie utrzymuje z rodziną żadnego kontaktu i w żaden sposób nie miał wpływu na powstanie i wzrost

¹⁸ Wyrok SN z dnia 13.01.2000 r., sygn. II CKN 1070/98, Prok. i Pr. 2000, Nr 4, poz. 30.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 9.06.1976 r., sygn. III CZP 46/75 OSNCP 1976 nr 9, poz. 184; por. wyrok SN z dnia 06.04.1972 r., sygn. III CRN 250/72, OSNC 1973, nr 6 poz. 113; wyrok SN z dnia 28.05.1973 r., sygn. III CZP 26/73, OSNC 1974, nr 4 poz. 65.

²⁰ Wyrok SN z dnia 03.02.1995 r., sygn. II CRN 162/94, OSNC 1995, nr 6 poz. 100; wyrok SN z dnia 24.01.1996 r., sygn. II CRN 138/95, nieopubl.

²¹ E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie...*, s. 104.

²² Wyrok SN z dnia 11.12.2008 r., sygn. II CSK 371/08, OSNC 2009, nr 12, poz. 171.

majątku wspólnego²³. Żądanie orzeczenia rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną może być uwzględnione również w wypadku wystąpienia innych okoliczności. W każdym jednak wypadku sąd jest zobowiązany do dokonania oceny zasadności powództwa mając na uwadze całokształt stanu faktycznego będącego podstawą wniesionego pozwu²⁴.

6. Ochrona interesów osób trzecich

Wyrok sądu ustanawiający rozdzielnosc majątkową z mocą wsteczną może mieć istotny wpływ na interesy osób trzecich, zwłaszcza wierzycieli danego małżonka. Ograniczenie możliwości prowadzenia egzekucji, po zastosowaniu art. 52 k.r.o., dotyczy przede wszystkim udziału w majątku wspólnym, jaki przypada na rzecz małżonka dłużnika. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 stycznia 1996 r. zwrócił uwagę na powtarzający się problem rozmyślnego wykorzystywania tej instytucji przez działających w porozumieniu małżonków w celu ukrycia części majątku przed wierzycielem²⁵. Niewątpliwie takie fikcyjne procesy o ustanowienie rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną naruszają pewność obrotu gospodarczego, gdyż wierzyciel nigdy nie będzie zdolny określić, jakim majątkiem realnie dysponuje np. potencjalny kredytobiorca pozostający w małżeństwie. Kwestia ta wydaje się szczególnie istotna w świetle stanowiska Sądu Najwyższego, zgodnie z którym nie jest możliwe zastosowanie przez wierzyciela instytucji skargi pauliańskiej (art. 527 k.c.) w przypadku uznania przez dłużnika powództwa o ustanowienie rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną oraz dokonania przez małżonków zgodnego podziału majątku wspólnego²⁶.

W poprzednim stanie prawnym widoczna była praktyka wykorzystywania przez małżonków instytucji art. 52 k.r.o. do ograniczenia negatywnych konsekwencji konieczności spłaty długów zaciągniętych w związku z prowadzoną przez współmałżonka działalnością gospodarczą²⁷. W latach dziewięćdziesiątych utrwaliła się jednak linia orzecznicza Sądu Najwyższego, zgodnie z którą niepowodzenia gospodarcze skutkujące naruszeniem interesów małżonka dłużnika nie mogą stanowić ważnych powodów zniesienia wspólności majątkowej z mocą wsteczną, tym bardziej jeśli rodzina korzystała z osiągniętych z niej dochodów²⁸. Ponadto sąd zobowiązany jest również wziąć pod uwagę z urzędu konieczność ochrony praw majątkowych osób trzecich, szczególnie w przypadku zobowiązań, na które małżonek dłużnika wyraził zgodę w rozumieniu art. 41 § 1 k.r.o.²⁹

²³ *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy...*, s. 286.

²⁴ E. Skowrońska-Bocian, *Małżeńskie...*, s. 104.

²⁵ Wyrok SN z dnia 24.01.1996 r., sygn. II CRN 138/95, Legalis nr 29709.

²⁶ Wyrok SN z dnia 19.10.1995 r., sygn. III CRN 40/95, OSN 1996, Nr 3, poz. 43 z glosą krytyczną M. Pyziak-Szafnickiej, OSP 1996, Nr 11, poz. 211.

²⁷ *Małżeńskie Prawo Majątkowe. Komentarz*, red. B. Bieniek, Warszawa 2014, s. 222.

²⁸ Wyrok SN z dnia 23.07.1997 r., sygn. II CRN 105/97, Prok. i Pr. 1998, nr 1, s. 29; wyrok z dnia 03.09.1997 r., sygn. I CRN 105/96, Prok. i Pr. 1998, Nr 2, s. 33.

²⁹ T. Wiśniewski, *Przebieg procesu cywilnego*, Warszawa 2013, s. 195.

Warto również zwrócić uwagę, że ustanowienie rozdzielnosci majątkowej z mocą wsteczną może naruszać również interesy pozwanego małżonka. Tytułem przykładu można wskazać sytuację, w której podczas trwania wspólności majątkowej na rzecz jednego z małżonków dokonywana jest darowizna z zastrzeżeniem wejścia do majątku wspólnego, zgodnie z art. 33 ust. 2 k.r.o., a po pewnym czasie sąd orzeka o ustanowieniu rozdzielnosci majątkowej z datą poprzedzającą chwilę dokonania darowizny. W konsekwencji orzeczenia ustroj rozdzielnosci majątkowej obowiązuje między małżonkami od dnia, który został oznaczony w wyroku³⁰ (art 52 § 2 k.r.o. w zw. z art. 54 k.r.o.). Naczelny Sąd Administracyjny również wyraził pogląd, że „orzeczenie znoszące wspólność majątkową pomiędzy małżonkami obejmuje swoim zakresem okres co najmniej od daty w nim wskazanej do daty wydania orzeczenia, i w tym czasie stan prawny, tym wyrokiem ustanowiony, nie mógł ulec zmianie”³¹. W tym okresie pomiędzy małżonkami istnieje rozdzielnosc majątkowa, a zatem żadne z nich nie może nabywać nieruchomości na zasadzie wspólności majątkowej. Należy zwrócić uwagę, iż w orzecznictwie Sądu Najwyższego został wyrażony jednoznacznie pogląd, że w przypadku zawarcia umowy darowizny z jednym ze współmałżonków z jednoczesnym zastrzeżeniem o wejściu przedmiotu darowizny do majątku wspólnego, drugi małżonek nie staje się stroną umowy³². Przysporzenie po jego stronie ma podstawę wyłącznie w obowiązującym małżonków ustroju wspólności majątkowej i woli wyrażonej przez darczyńcę. W ten sposób małżonek, który nie był stroną darowizny, mógłby zostać pozbawiony ekspektywy udziału w przedmiocie darowizny, jeżeli darczyńca udowodniłby, zgodnie z art. 65 § 1 k.c., że miał wolę obdarowania jedynie jednego z małżonków w przypadku zniesienia ich wspólności majątkowej. Podobnie wierzyciel tego małżonka utraciłby w ten sposób istotny składnik majątkowy dłużnika, którego nie mogło by objąć potencjalne postępowania egzekucyjne.

Należy jednak zauważyć, że problematyka ta straciła na znaczeniu od momentu wejścia w życie nowelizacji art. 52 k.r.o. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 11 grudnia 2008 r. „ustanowienie przez sąd rozdzielnosci majątkowej między małżonkami, którzy pozostawali we wspólności ustawowej lub umownej, z datą wcześniejszą niż dzień wytoczenia powództwa jest dopuszczalne w zasadzie tylko wtedy, gdy z powodu separacji faktycznej (życia w rozłączeniu) niemożliwe było już w tej dacie ich współdziałanie w zarządzie majątkiem wspólnym”³³. W obecnym stanie prawnym treść art. 52 § 2 k.r.o. jest zatem interpretowana jako przepis o charakterze szczególnym, który powinien być wykładany w sposób ścisły.

Dodatkowo jednym z mechanizmów procesowych gwarantujących ochronę praw majątkowych osób trzecich jest również przepis art. 431 k.p.c. w zw. z art. 452 k.p.c. W sprawach dotyczących m.in. ustanowienia rozdzielnosci majątkowej sąd nie może oprzeć rozstrzygnięcia jedynie na uznaniu powództwa lub przyznaniu okoliczności faktycznych. Sąd ma zatem obowiązek przeprowadzić w każdym przypadku postępowanie

³⁰ Por. uchwała SN z dnia 27 marca 1972 r., sygn. III CZP 69/70, Legalis nr 16142.

³¹ Wyrok NSA z dnia 9 czerwca 2009 r., sygn. II FSK 868/05, Legalis nr 229773.

³² Uchwała SN z dnia 7 kwietnia 1975 r., sygn. III CZP 12/75, Legalis nr 18684.

³³ Wyrok SN z dnia 11 grudnia 2008 r., sygn. II CSK 371/08, OSNC 2009, nr 12, poz. 171.

dowodowe lub, w przypadku uznania powództwa, poddać analizie przyczyny podjęcia takiej decyzji przez pozwanego.

7. Podsumowanie

Pierwotny kształt przepisów kodeksu prawa rodzinnego i opiekuńczego został opracowany w epoce realnego socjalizmu, w której stosunki gospodarcze pomiędzy obywatelami występowały w bardzo ograniczonym zakresie. Biorąc pod uwagę fakt, że majątek wspólny służył wówczas do zaspakajania podstawowych potrzeb, jego ochrona była wówczas niezbędna dla zapewnienia dalszego bytu pozostałym członkom rodziny dłużnika³⁴. Zmiana ustroju politycznego oraz wprowadzenie systemu gospodarki rynkowej, opartej na przepływie wartości finansowych oraz swobodzie działalności gospodarczej obywateli, stały się przyczyną konieczności wprowadzenia ochrony zarówno rodziny zaciągającej zobowiązanie, jak i interesów osób trzecich na poziomie zarówno ustawowym oraz w dokonywanej w orzecznictwie wykładni przepisów.

Instytucja przewidziana w art. 52 § 1 i § 2 k.r.o. jest w dalszym ciągu niezbędna dla ochrony małżonka dłużnika w sytuacjach, które są rażąco sprzeczne z dobrem rodziny, zwłaszcza w przypadku długotrwałej separacji faktycznej. W aktualnym modelu gospodarki wolnorynkowej sądy orzekające w sprawie ustanowienia rozdzielnosci majątkowej obowiązane są za każdym razem indywidualnie rozstrzygać pomiędzy takimi wartościami jak dobro rodziny, pewność obrotu gospodarczego i ochrona interesów osób trzecich. Pomimo nowelizacji art. 52 § 2 k.r.o. nie można również wykluczyć sytuacji, w której podstawy opartego na nim powództwa nie będą prawdziwe, celem uniknięcia lub utrudnienia egzekucji obciążających rodzinę wierzytelności. Takie powództwa mogą być szczególnie widoczne w dobie osłabionej koniunktury gospodarczej, a problematyka właściwego uregulowania niniejszej instytucji prawnej pozostaje nadal aktualna.

* * *

Division of Marital Property with Retroactive Effect – Between the Family Welfare and Violation of the Third Party's Business

The article describes a division of marital property by judicial decree. The aim of this article is to present the method of dividing property, which is regulated in the Polish Code of Family Law in article 52, and its impact on the legal situation of spouses. If one of spouses is a delinquent debtor, a creditor could enforce its financial rights in execution procedure against both of the spouses and seizure their community property. In case of long-lasting separation between the spouses the judge may establish the division of marital property with retroactive effect. In this way an equitable interest of the spouse of the debtor can be protected against

³⁴ Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 17.06.2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw, Sejm RP IV Kadencji, druk nr 1566, Warszawa 23.04.2003 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1566/\\$file/1566.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1566/$file/1566.pdf), 20.03.2016.

the debt execution. The judge is obliged to take into account the need of protection of third party's businesses which might be in this way violated. However, according to the Polish Supreme Court a division of marital property with retroactive effect should be imposed only when is it necessary to achieve the purpose of the intervention.

Key words: division, marital property, liabilities, community property

Aleksandra Fiutowska¹

**Dopuszczalność powództwa o ustalenie
związania zapisem na sąd polubowny w trybie
art. 189 k.p.c. wobec ograniczenia kognicji
sądu powszechnego w sprawach poddanych
rozstrzygnięciu sądu polubownego**

Streszczenie:

Problematyka artykułu dotyczy możliwości dopuszczenia stosowania powództwa o ustalenie w trybie art. 189 k.p.c. wobec ograniczenia kognicji sądu powszechnego w przypadku sporu dotyczącego związania stron zapisem na sąd polubowny. Ograniczenie kognicji sądu państwowego wynika z treści art. 1159 k.p.c. wprowadzonego do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 28 lipca 2005 roku. W artykule zaprezentowane zostało stanowisko doktryny wraz z przedstawieniem rozbieżności poglądów w badanym przedmiocie, mające bezpośrednie przełożenie na faktyczne zastosowanie analizowanych przepisów przez polskie sądownictwo. W dalszej części artykuł zawiera analizę orzeczeń wydanych w tej samej sprawie przez Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny w Krakowie i w końcu przez Sąd Najwyższy, które rozstrzygały żądanie ustalenia nieważności zapisu na sąd polubowny oparte na przepisie art. 189 k.p.c. Kończącą część artykułu stanowi ocena stanowisk przyjętych przez sądy.

Słowa kluczowe: sąd polubowny, zapis na sąd polubowny, powództwo o ustalenie

¹ Autor jest studentem III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

1. Wstęp

Ustawą z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy Kodeks Postępowania Cywilnego² (Dz.U. 16.9.2005 nr 178 poz. 1478) dokonano istotnych zmian w zakresie regulacji sądownictwa polubownego (arbitrażowego). U podstaw nowelizacji przepisów procedury cywilnej stała wyraźnie rysująca się potrzeba wyjścia naprzeciw sukcesywnie rosnącym trudnościom, z jakimi zmierzało się sądownictwo powszechne, w szczególności wobec lawinowo rosnącej liczby spraw cywilnych.

Przy opracowaniu projektu ustawy wprowadzającej do Kodeksu Postępowania Cywilnego Część V „Sąd polubowny (arbitrażowy)”, wzorowano się na ustawie modelowej o międzynarodowym arbitrażu handlowym z roku 1985 opracowanej przez Komisję Międzynarodowego Prawa Handlowego ONZ (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*), mającej stanowić wzorzec dla uregulowań krajowych w tym przedmiocie.

Jednym z rozwiązań zaczerpniętych wprost z art. 5 wspomnianej ustawy modelowej jest zawarta w art. 1159 § 1 k.p.c. zasada statuująca, że sąd powszechny nie może – poza wyjątkami wskazanymi w ustawie – ingerować w sferę działalności sądownictwa polubownego. Zgodnie z uzasadnieniem do projektu ustawy uchwalonej 28 lipca 2005 r., celem wprowadzenia omawianej normy prawnej do prawa polskiego było wzmocnienie sądownictwa polubownego jako alternatywy dla rozwiązania sporów cywilnych. Przepis art. 1159 § 1 k.p.c. stanowi, że w zakresie uregulowanym przepisami Części V Kodeksu Postępowania Cywilnego sąd powszechny może podejmować czynności jedynie wtedy, gdy ustawa tak stanowi. Inaczej mówiąc, dochodzi do wyłączenia kompetencji sądów państwowych w przypadku, kiedy strony poddały spór pod rozstrzygnięcie sądu arbitrażowego. Do nielicznych wyjątków należą zatem sytuacje uregulowane w k.p.c., kiedy pomimo właściwości sądu polubownego, zachowana jest kognicja sądu powszechnego, jak np. w sprawach o zabezpieczenie roszczeń (art. 1166 k.p.c.).

Przedmiotem niniejszego opracowania jest próba odpowiedzi na pytanie, czy wobec tak istotnego zawężenia kognicji sądu powszechnego przez regulację zawartą w art. 1159 § 1 k.p.c., dopuszczalne jest stosowanie art. 189 k.p.c. w przypadku sporu prowadzonego przed sądem powszechnym co do związania stron zapisem na sąd polubowny. Rozważania zawarte w artykule dotyczą jedynie zapisu na sąd polubowny przewidującego miejsce arbitrażu w Polsce, albowiem w myśl art. 1156 k.p.c. w sytuacji, gdy miejsce postępowania przed sądem polubownym nie znajduje się w Polsce (a w wypadkach wyraźnie wskazanych w k.p.c. także poza Polską lub, gdy nie zostało w umowie oznaczone), jurysdykcja sądu polskiego jest wykluczona. Przepis art. 189 k.p.c. stanowi podstawę żądania ustalenia przez sąd powszechny istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa. Zakwestionowanie przez jedną ze stron ważności dokonanego wcześniej zapisu na sąd polubowny mogłoby zostać zweryfikowane w procesie o ustalenie na podstawie roszczenia opartego na wspomnianym art. 189 k.p.c. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie kwestia dopuszczalności oceny

² Ustawa z dnia 28 lipca 2005 roku o zmianie ustawy Kodeks Postępowania Cywilnego (Dz.U. 16.9.2005 nr 178 poz. 1478).

przez sąd powszechny ważności zapisu na sąd polubowny na podstawie art. 189 k.p.c. nie była dotychczas jednoznacznie postrzegana.

2. Stanowisko doktryny

Przedstawiciele doktryny prezentują skrajnie odmienne stanowiska w tym przedmiocie. Część opowiada się za poglądem przyjmującym, że dopuszczalne jest żądanie rozpoznania przez sąd powszechny ważności zapisu na sąd polubowny w trybie powództwa o ustalenie opartego na art. 189 k.p.c., oczywiście przy zachowaniu przewidzianych tym przepisem przesłanek. Dr Paweł Cioch w publikacji z 2009 roku dopuszcza, za komentarzem prof. T. Erecińskiego opublikowanym w 2006 r. (rok po reformie przepisów dotyczących sądownictwa polubownego), możliwość żądania ustalenia w trybie art. 189 k.p.c. związania stron zapisem na sąd polubowny w przypadku zaginięcia lub utraty pisma zawierającego taki zapis lub dokumentu, z którego wynika dochowanie formy sporządzenia zapisu³. Przyjęcie takiej tezy wydaje się być pochodną poglądów prezentowanych powszechnie przez przedstawicieli doktryny przed reformą przepisów o sądownictwie polubownym z 2005 roku. Wówczas doktryna spójnie przyjmowała możliwość wytoczenia powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku prawnego z art. 189 k.p.c. celem zbadania ważności zapisu na sąd polubowny⁴.

W monografii wydanej w 2008 roku, a zatem w trzy lata po wprowadzeniu do Kodeksu Postępowania Cywilnego Części V, prof. Ereciński zaprezentował pogląd odmienny w stosunku do wcześniej aprobowanego, postulując, że „wyłączone jest wytoczenie zgodnie z art. 189 k.p.c. powództwa o ustalenie istnienia albo nieistnienia zapisu na sąd polubowny. Tym samym nie ma możliwości kontroli właściwości sądu polubownego przez sąd państwowy w postępowaniu z powództwa na podstawie art. 189 k.p.c.”⁵ Zdaniem prof. Erecińskiego zastosowaniu art. 189 k.p.c. stoi na przeszkodzie regulacja z art. 1159 § 1 k.p.c. stanowiąca swoiste *novum* w polskim systemie sądownictwa polubownego. Przepis ten wyłącza możliwość dopuszczenia innych, poza wskazanymi w ustawie wyjątkami, form ingerencji sądownictwa powszechnego w kognicję sądu arbitrażowego.

3. Rozpoznanie dopuszczalności stosowania powództwa o ustalenie wobec zawężenia wynikającego z art. 1159 § 1 k.p.c. przez Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny w Krakowie

Kwestia dopuszczalności stosowania powództwa o ustalenie z art. 189 k.p.c., wobec zawężenia kognicji sądu powszechnego zawartego w dyspozycji przepisu art. 1159 § 1 k.p.c., była przedmiotem sporu rozpoznanego przez Sąd Okręgowy, a następnie Sąd Apelacyjny w Krakowie. Sądy orzekały na podstawie roszczenia zgłoszonego przez

³ P. Cioch, *Forma zapisu na sąd polubowny według postępowania kodeksu cywilnego*, Roczniki Nauk Prawnych KUL 2009, t. XIX, nr 2, s. 37.

⁴ T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd Arbitrażowy*, Warszawa 2008.

⁵ *Ibidem*.

powoda, który domagał się m.in. uznania, że zawarty między stronami sporu zapis na sąd polubowny jest nieważny, a to na skutek złożonego przez powoda oświadczenia o uchyleniu się od skutków prawnych przedmiotowego zapisu. Istotne w sprawie było ustalenie, że strony tego sporu prowadziły wcześniej postępowania zarówno przez sądami polubownymi, jak i przed sądem powszechnym, domagając się wzajemnie wynagrodzenia z tytułu łączącej ich od lat umowy handlowej. Sądy polubowne trzykrotnie wydały merytoryczne wyroki (oddalające) i to pomimo podniesionego w każdym wypadku zarzutu niewłaściwości sądu polubownego. Z kolei w postępowaniu toczącym się przed sądem powszechnym, gdzie podniesiono zarzut zapisu na sąd polubowny, sprawa nie została wcześniej rozstrzygnięta.

Oddalając powództwo w wyroku z 29 października 2013 roku⁶

Sąd Okręgowy stwierdził, że w przepisie art. 189 k.p.c., który stanowi podstawę żądania ustalenia istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, chodzi o stosunki prawne lub prawa w znaczeniu materialnoprawnym. Nie można natomiast żądać ustalenia niezwiązania zapisem na sąd polubowny, gdyż o mocy wiążącej zapisu może rozstrzygać wyłącznie sąd (powszechny lub polubowny) rozpoznający spór materialnoprawny, co do którego istnieje spór proceduralny, czy został on poddany pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Analogicznie tylko sąd rozpoznający spór materialnoprawny może rozstrzygać o mocy zapisu prorogacyjnego. Okoliczność, gdy w przypadku wielu sporów materialnoprawnych między stronami następuje sytuacja, w której zapadną odmienne ostateczne rozstrzygnięcia co do mocy zapisu na sąd polubowny, nie może stanowić o możliwości żądania ustalenia mocy zapisu w trybie art. 189 k.p.c.⁷

Innymi słowy, Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, że wobec faktu, iż żądanie ustalenia niezwiązania zapisem na sąd polubowny nie dotyczy konkretnego materialnoprawnego sporu, to brak jest interesu prawnego po stronie powoda, niezbędnego do wytoczenia powództwa z art. 189 k.p.c. Dokonanie takiego ustalenia będzie dopuszczalne tylko w postępowaniu, w którym moc zapisu będzie przesłanką rozstrzygnięcia sporu.

Sąd Apelacyjny rozpoznający apelację powoda w wyroku z dnia 17 czerwca 2014 r. uznał niedopuszczalność zastosowania przepisu art. 189 k.p.c. celem domagania się ustalenia, czy strony wiąże zawarty w umowie zapis na sąd. W uzasadnieniu wyroku wskazano, że art. 1159 § 1 k.p.c. wyłącza kompetencję sądów państwowych do orzekania w sprawach o stwierdzenie nieważności zapisu na sąd polubowny w przypadku poddania sporu do rozpoznania przez sąd polubowny. Na poparcie swojego stanowiska sąd powołał się na „nowatorski” pogląd prof. Erecińskiego wskazując zarazem na argument *exceptiones non sunt extendendae* w odniesieniu do braku wyraźnego dopuszczenia przez ustawę zastosowania art. 189 k.p.c. W dalszej części uzasadnienia wyroku, mimo wykluczenia możliwości oparcia powództwa na art. 189 k.p.c., Sąd Apelacyjny dokonał (można powiedzieć dodatkowo) oceny wystąpienia interesu prawnego w tak

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 października 2013 roku, sygn. IX. GC. 491/12, <https://www.saos.org.pl/judgments/29700>.

⁷ Uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 czerwca 2014 roku, I ACa 540/14, LEX nr 1621101.

skonstruowanym żądaniu pozwu. Sąd wskazał, że interes prawny, o którym mowa w art 189 k.p.c., to termin wielokrotnie precyzowany w orzecnictwie, między innymi w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2012 roku⁸. W powołanym wyroku Sąd Najwyższy sformułował tezę, że interes prawny należy pojmować jako interes dotyczący szeroko rozumianych praw i stosunków prawnych, który z reguły występuje w sytuacjach, w których zachodzi obiektywna niepewność co do prawa lub stosunku prawnego z przyczyn natury faktycznej lub prawnej. Interes prawny wyraża się wówczas w usunięciu stanu niepewności. Sąd wskazał również na powszechnie aprobowany pogląd, że brak jest interesu prawnego, jeśli roszczenie może być dochodzone na innej podstawie prawnej np. w drodze powództwa o wydanie lub zapłatę⁹. Sąd Apelacyjny w Krakowie zauważył, że w sprawie o ustalenie ważności lub skuteczności zapisu na sąd polubowny stronom przysługują inne środki ochrony swojego interesu w ramach Części V k.p.c. Otóż w art. 1165 k.p.c. przewidziana jest możliwość podniesienia przez strony zarzutu zapisu na sąd polubowny w razie wniesienia do sądu powszechnego sprawy dotyczącej sporu objętego zapisem na sąd polubowny. W razie uwzględnienia zarzutu sąd odrzuci taki pozew. Z kolei w wypadku skierowania sprawy do sądu polubownego, każda ze stron może, w oparciu o art. 1180 k.p.c., zgłosić zarzut braku właściwości sądu polubownego, co skutkować powinno dokonaniem przez sąd oceny postawionego zarzutu, a co za tym idzie, dokonaniem oceny istnienia, ważności lub skuteczności zapisu na sąd polubowny. Sąd apelacyjny wskazał również na uregulowaną w art. 1206 § 1 pkt. 1 k.p.c. możliwość wystąpienia ze skargą o uchylenie wyroku w wypadku braku zapisu na sąd polubowny, nieważności, bezskuteczności lub utraty mocy zapisu. Ostatecznie Sąd Apelacyjny stwierdził, że wprowadzenie do Części V kodeksu wskazanych powyżej instrumentów prawnych (zawartych w art. 1165, 1180 i 1206 § 1 pkt. 1 k.p.c.), stwarzających stronie postępowania przed sądem polubownym możliwość ochrony swych praw w przedmiocie ważności zapisu na sąd polubowny, zdaje się implikować wyłączenie ich stosowania w odniesieniu do kwestii związanych z istnieniem zapisu na sąd polubowny. Warunkiem *sine qua non* dopuszczalności powództwa o ustalenie jest bowiem istnienie interesu prawnego, czyli stanu niepewności, a możliwość wyklarowania owego stanu poprzez jedną ze wskazanych wyżej dróg prawnych powoduje wyeliminowanie tej przesłanki. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w stanie faktycznym sprawy, powód miał możliwość korzystania z innych form ochrony swoich praw, co więcej z nich korzystał, albowiem wytaczał powództwa o zapłatę przed sądami polubownymi, co przesądza jednoznacznie o braku interesu prawnego po jego stronie.

4. Rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego

Na skutek skargi kasacyjnej złożonej od omawianego powyżej wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie sprawą zajął się także Sąd Najwyższy, który co prawda utrzymał zaskarżony wyrok w mocy, ale posłużył się innymi argumentami niż sąd apelacyjny. W wyroku z dnia 21 stycznia 2016 roku Sąd Najwyższy rozstrzygając żądanie ustalenia

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2012 roku, II CSK 252/11, Lex nr 1168726.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 2002 roku, IV CKN 1519/00, Lex nr 78333.

przez sąd powszechny o mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny, uznał, że art. 1159 § 1 k.p.c. nie wyłącza możliwości zastosowania powództwa z art. 189 k.p.c.

Zdaniem sądu możliwość rozstrzygnięcia przez sąd powszechny o mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny na zarzut strony pozwanej w razie wniesienia pozwu do tego sądu, a przez sąd polubowny w związku z badaniem swojej właściwości w razie skierowania do niego pozwu, przesądza zgodnie z dominującą wykładnią art. 189 k.p.c. o braku interesu prawnego w rozumieniu tego przepisu w każdym przypadku żądania ustalenia o mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny przez sąd powszechny.

Zdaniem Sądu Najwyższego powyższa teza prowadzi do wniosku o braku potrzeby i uzasadnionych podstaw do wywodzenia z art. 1159 § 1 k.p.c. niemożliwości żądania ustalenia przez sąd powszechny o mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny. Objęcie żądania ustalenia przez sąd powszechny o mocy wiążącej zapisu na sąd polubowny zakazem ingerencji sądu powszechnego zawartym w art. 1159 § 1 k.p.c. miałyby sens tylko wówczas, gdyby możliwość takiego żądania znajdowała oparcie w ogólnych założeniach przewidzianego w art. 189 k.p.c. powództwa o ustalenie. Wobec tego, że jest inaczej, zakazywanie w art. 1159 § 1 k.p.c. czegoś, co i tak jest niemożliwe, nie miałyby doniosłości¹⁰. Sąd Najwyższy zgodził się z poglądem sądu apelacyjnego w zakresie wykluczenia istnienia interesu prawnego z art. 189 k.p.c. w wypadku możliwości skorzystania z zarzutów określonych w art. 1165 k.p.c. oraz 1180 k.p.c., celem wyklarowania „stanu niejasności” odnośnie ważności zapisu na sąd polubowny. Sąd Najwyższy dokonując oceny żądania pozwu nie przyjął więc *a priori* wykluczenia możliwości stosowania art. 189 k.p.c. przez dyspozycję artykułu 1159 § 1 k.p.c., lecz uznał, że istnienie możliwości obrony przysługującego stronom prawa na drodze art. 1165 k.p.c. i art. 1180 k.p.c. skutkuje brakiem interesu prawnego, a tym samym czyni niedopuszczalnym (podlegającym oddaleniu) żądanie ustalenia przez sąd powszechny ważności zapisu na sąd polubowny.

5. Konkluzje

Dopuszczalność wytoczenia przed sądem powszechnym powództwa o stwierdzenie nieważności zapisu na sąd polubowny na podstawie art. 189 k.p.c., wobec ograniczenia kognicji sądu powszechnego zdefiniowanego art. 1159 k.p.c., nie jest w doktrynie postrzegana jednolicie. Prezentowane są odmienne stanowiska, aczkolwiek dostrzegalna jest ewolucja poglądów w kierunku wykluczenia stosowania art. 189 k.p.c. w takich sytuacjach.

Również w orzecznictwie nie ma jednolitości stanowisk. Analiza trzech zapadłych w tej samej sprawie orzeczeń wskazuje w pierwszej kolejności na dużą rozbieżność argumentacji. Sąd Okręgowy nie dostrzegł ograniczenia kognicji sądu powszechnego zdefiniowanego w art. 1159 § 1 k.p.c. Sąd wskazał natomiast na inną przyczynę braku możliwości dochodzenia roszczenia opartego na art. 189 k.p.c. Uznał bowiem, że rozstrzygnięcie kwestii ważności zapisu na sąd polubowny należy do kategorii spraw o charakterze proceduralnym, a jego zdaniem przepis art. 189 k.p.c. odnosi się do stosunków

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2016 roku, III CSK 429/15, LEX nr 2037900.

prawnych o charakterze materialnoprawnym i z tych przyczyn powołany przepis nie może być zastosowany.

Z kolei Sąd Apelacyjny zdecydowanie opowiedział się za wykluczeniem dopuszczalności powództwa wytoczonego przed sądem powszechnym w oparciu o przepis art. 189 k.p.c. uznając, że nie stanowi on wyjątku przewidzianego w ustawie, o którym mowa w art. 1159 § 1 k.p.c. A zatem Sąd Apelacyjny stanął na stanowisku, że kognicja sądu powszechnego jest wyłączona w sprawie żądania ustalenia ważności zapisu na sąd polubowny.

Sąd Najwyższy, dokonując oceny roszczenia opartego o art. 189 k.p.c., zastosował wykładnię rozszerzającą. Uznał bowiem, że zawarty w art. 1159 § 1 k.p.c. wymóg upoważnienia ustawowego do ingerencji sądu powszechnego nie jest wyraźnie zacieśniony do przepisów części piątej k.p.c., o których mowa w początkowej części tego artykułu. Jest to pogląd całkowicie odmienny od prezentowanego przez Sąd Apelacyjny. Takie podejście do przepisu stanowiącego zasadę ograniczenia kognicji sądu powszechnego stanowi niebezpieczny precedens dla wykładni art. 1159 § 1 k.p.c. Z tego też powodu opowiadam się za logicznym i konsekwentnym wywodem Sądu Apelacyjnego w Krakowie, który wyklucza zastosowanie art. 189 k.p.c. poprzez przepis art. 1159 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny wyraźnie wskazuje na specyficzny charakter przepisu 1159 § 1 k.p.c., który dopuszcza działanie sądu powszechnego w drodze wyjątku w sytuacji wyraźnie określonej w ustawie. Ponieważ orzeczenie Sądu Najwyższego zapadło w zwykłym składzie (3 osobowym) wiąże jedynie strony których dotyczył spór, a zatem nie przesądza ostatecznie kwestii możliwości dochodzenia istnienia bądź nieistnienia interesu prawnego w drodze powództwa o ustalenie z art. 189 k.p.c. w innych tego rodzaju sprawach. Należy zatem mieć nadzieję, że ocena zagadnienia będącego przedmiotem niniejszego artykułu będzie jeszcze przedmiotem wielu pogłębionych rozstrzygnięć sądowych z Sądem Najwyższym na czele.

* * *

Admissibility of Application of Declaratory Action Stated in Article 189 of Polish Code of Civil Procedure Towards the Dispute Covered by the Arbitration Clause

The subject of this paper concerns the admissibility of application of declaratory action stated in article 189 of Polish Code of Civil Procedure towards the dispute covered by the arbitration clause. Restriction of the Common Court's cognition results from art. 1159 § 1 of Polish Code of Civil Procedure, introduced to a Polish legal system by the Act of 28.07.2005.

The article demonstrates contradicting views of the doctrine in the analyzed subject, and its repercussion on the Polish judiciary.

The second part of the article contains an analysis of judgements issued by the Court of Appeal in Cracow and the Polish Supreme Court hearing the case regarding the demand of invalidity of the arbitration clause based on article 189 of Polish Code of Civil Procedure.

Key words: declaratory action, arbitration clause

Michał Gregorczyk¹

Downstream mergers w prawie polskim – zagadnienia prawnohandlowe przejęcia odwrotnego i kierunki zalecanej regulacji

Streszczenie:

Artykuł analizuje możliwość przeprowadzenia transakcji downstream merger, zwanej też połączeniem odwrotnym, na gruncie przepisów prawa polskiego. Artykuł rozpoczyna się od prezentacji stosowanych pojęć oraz trybów łączenia spółek. Autor omawia zagadnienia dotyczące ogólnych zasad łączenia się spółek, przedstawia właściwy tryb postępowania oraz uregulowania prawne odnoszące się do poruszanego zagadnienia. Analizie poddane zostają różnice w przeprowadzanej transakcji pomiędzy poszczególnymi rodzajami uczestniczących w niej spółek, kontrowersje związane z przeprowadzaniem tego rodzaju transakcji, szczególnie w kontekście zakazu nabywania własnych akcji w świetle przepisów prawa handlowego oraz omawia reprezentowane przez doktrynę stanowiska w tej kwestii. Artykuł kończą uwagi dotyczące procedury oraz skutków połączenia odwrotnego. W podsumowaniu autor wskazał istniejące konieczności przeprowadzenia zmian oraz zaproponował ich pożądany kierunek.

Słowa kluczowe: łączenie spółek, fuzja, połączenie odwrotne

Stając przed koniecznością dalszego rozwoju, zredukowania kosztów oraz wymogiem optymalizacji zarówno organizacyjnej jak i podatkowej, współcześni uczestnicy obrotu gospodarczego poszukują najbardziej odpowiednich ram prawnych. Częstokroć rozwiązaniem stosowanym przez podmioty gospodarcze w postaci grupy spółek jest dokonanie przekształcenia formy organizacyjnej holdingu poprzez spłaszczenie struktury prowadzonej działalności w drodze fuzji oraz przejęć powiązanych ze sobą podmiotów.

¹ Autor jest absolwentem prawa oraz studentem administracji WPiA UJ, aplikantem radcowskim II roku Okręgowej Izby Radców Prawnych w Krakowie.

Może mieć ono również na celu przejęcie kontaktów, pozwoleń oraz licencji posiadanych przez spółkę dominującą przez lepiej rozwiniętą gospodarczo spółkę zależną.

Połączenie spółek może być atrakcyjne z punktu widzenia organizacji biznesowej lub zmiany profilu działalności. Spłaszczenie struktury decyzyjnej oraz likwidacja części etatów administracyjnych stanowi znaczny zysk w kategorii organizacyjnej. Z kolei redukcja wzajemnych transakcji oraz przekazów pomiędzy podmiotami powiązаныmi upraszcza prowadzenie księgowości zarówno dla podmiotów handlowych, jak i organów kontroli. Nie wolno zapominać, że przeprowadzenie transakcji połączenia odwrotnego może być również jedną z metod optymalizacji podatkowej².

Innym z powodów przeprowadzenia takiej transakcji może być chęć szybszego i uproszczonego wprowadzenia kontrolowanej spółki na giełdę. W ten sposób dokonanie transakcji typu reverse merger pozwoliłoby na wprowadzenie spółki na giełdę bez konieczności dokonywania długotrwałych procedur związanych z wprowadzeniem na parkiet nowego podmiotu. Takie uproszczenie dokonywanych procedur rodzi pytanie o istniejące ryzyko prawne podjętych działań.

1. Zagadnienia wstępne połączenia spółek prawa handlowego

Prawo polskie przewiduje wprost dwa rodzaje połączenia spółek, które są uregulowane w art. 492 KSH. Są to połączenie przez przejęcie lub połączenie poprzez zawiązanie nowej spółki (fuzja)³. Dopuszczalność tzw. upstream mergers, czyli przejęcia spółki zależnej przez jej spółkę dominującą, nie stanowi przedmiotu kontrowersji w doktrynie ani orzecznictwie. Wielokrotnie jednak skomplikowana sytuacja w zakresie własności oraz aktywów posiadanych przez należące do holdingu spółki sprawiają, że proste rozwiązania przewidziane przepisami Kodeksu Spółek Handlowych nie spełniają oczekiwań uczestników obrotu gospodarczego.

Połączenie odwrotne spółek kapitałowych jest szczególnym rodzajem fuzji polegającym na przejęciu spółki dominującej przez jej spółkę zależną. Nie zostało ono uregulowane wprost w kodeksie spółek handlowych, ani w żadnym akcie prawnym nie został też wyrażony zakaz dokonywania takich operacji⁴. Z tego powodu dla odpowiedzi na pytanie o dopuszczalność transakcji typu reverse merger konieczne jest przeprowadzenie analizy przepisów regulujących łączenie spółek, orzecznictwa oraz poglądów doktrynalnych. Należy uznać jednak, że taka sytuacja wynika z niedostatecznego uregulowania przepisów o łączeniu spółek, która nie wyczerpuje wszystkich możliwych rodzajów połączenia, a zwłaszcza pozostawia sferę wątpliwości w zakresie połączeń typu odwrotnego. Z tego też powodu pojęcie przejęcia

² A. Opalski, W. Achramowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia spółki dominującej przez zależną spółkę z o.o.*, Monitor Prawa Handlowego 3/2013, <http://czasopisma.beck.pl/monitor-prawa-handlowego/artukul/kontrowersje-wokol-przejecia-spolki-dominujacej-przez-zalezna-spolke-z-oo/>, 10.01.2017.

³ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II Komentarz do art. 301–633*, Warszawa 2017, s. 1069–1072.

⁴ M. Pyka, *Przejęcie dominującej spółki akcyjnej przez jej zależną spółkę z o.o.*, PPH 12/2013, <http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc?nro=151179826&wersja=6666&>, 10.01.2017.

odwrotnego, używane na gruncie prawa handlowego, nie jest tożsame z pojęciem połączenia odwrotnego w rozumieniu księgowym według Międzynarodowych Standardów Rachunkowości⁵.

2. Sposoby przeprowadzenia transakcji typu downstream merger

Pod pojęciem spółek zależnych (nazywanych też spółkami córkami) oraz spółek dominujących (spółek-matek) kryją się spółki, których definicje określone zostały w ogólnych zasadach regulujących ustrój spółek w art. 4 §1 KSH. W ten sposób za spółkę dominującą należy uznać

spółkę handlową w przypadku, gdy: a) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

b) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

c) jest uprawniona do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

d) członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), lub

e) dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub

f) wywiera decydujący wpływ na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7⁶.

Zgodnie z tą definicją, powiązania dominacji i zależności pomiędzy spółkami mogą opierać się na więziach kapitałowych (w postaci dysponowania akcjami lub udziałami pozwalającymi na posiadanie większości głosów na Zgromadzeniu Wspólników lub Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy), osobowych (w postaci dysponowania pośrednio lub bezpośrednio większością głosów w spółce osobowej lub walnym zgromadzeniu spółdzielni) oraz organizacyjnych (w postaci możliwości powołania lub odwołania większości członków zarządu lub rady nadzorczej spółki zależnej lub też przez posiadanie przez członków jej zarządu ponad połowy miejsc w zarządzie spółki zależnej). Ostatnim z rodzajów dominacji jest wywieranie decydującego wpływu na działalność spółki zależnej.

⁵ A. Wójcik, *Przejęcie odwrotne i jego wpływ na sprawozdanie finansowe przedsiębiorstwa*, Studia Iuridica Lublinensia 21, 2014, s. 244.

⁶ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, zwana dalej KSH.

Rozpoczynając rozważania o sposobie przeprowadzenia transakcji połączenia odwrotnego, pomiędzy spółką zależną oraz dominującą zauważyć należy, jak wcześniej wspomniano, że w kodeksie przewidziane jest połączenie spółki w postaci przejęcia, poprzez przeniesienie całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą w zamian za jej akcje lub udziały oraz łączenia poprzez zawiązanie nowej spółki. Obie metody dokonania połączenia mogą być wykorzystane w celu połączenia spółki dominującej z jej spółką zależną. W obu wypadkach przynajmniej jedna ze stron połączenia przestaje istnieć⁷. Łączenie może obejmować nie tylko spółki kapitałowe, ale także spółki o charakterze osobowym. W tym miejscu należy wspomnieć o ograniczeniu nałożonym przez artykuł 491 § 2 oraz § 3 KSH, zgodnie z którymi spółki osobowe mogą łączyć się ze sobą wyłącznie przez zawiązanie nowej spółki kapitałowej, zaś w wypadku upadłości lub likwidacji na etapie podziału majątku pomiędzy wspólników, połączenie spółek jest wykluczone. Co więcej, w wypadku łączenia się spółek osobowych oraz kapitałowych, spółka osobowa może występować jedynie w roli spółki przejmowanej⁸.

Łączenie poprzez przejęcie polega na przejęciu majątku spółki przejmowanej przez spółkę przejmującą. Udziałowcom lub akcjonariuszom spółki przejmowanej wydane zostają udziały lub akcje spółki przejmującej jako ekwiwalent, w zamian za wartość przejętego majątku. Rodzi to konieczność podniesienia kapitału zakładowego celem emisji nowych udziałów lub też zaspokojenie praw udziałowców lub akcjonariuszy spółki przejmowanej przy pomocy akcji lub udziałów własnych⁹, zgodnie z brzmieniem art. 515 § 1 KSH. Koniecznym rezultatem dokonania połączenia poprzez przejęcie jest wykreślenie spółki przejmowanej z rejestru i zakończenie jej bytu prawnego¹⁰. Za dzień dokonania połączenia uważa się dzień wpisu połączenia do rejestru¹¹. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z brzmieniem art. 514 KSH spółka przejmująca nie może domagać się objęcia udziałów w zamian za udziały lub akcje, które posiada w spółce przejmowanej. Obejmuje on również zakaz obejmowania akcji lub udziałów również w sytuacji, gdy w posiadaniu spółki przejmowanej znajdowały się jej udziały lub akcje własne¹². Przepis ten ma znaczenie wyłącznie przy dokonywaniu połączenia spółek w drodze przejęcia.

Drugi ze sposobów połączenia polega na utworzeniu nowej spółki, na którą przenosi się majątek łączących się spółek. Wspólnicy łączących się spółek otrzymują udziały bądź akcje spółki nowo zawiązanej. Spółki łączące się zostają wykreślone z rejestru a ich dotychczasowi wspólnicy stają się wspólnikami nowej spółki.

Ponieważ w wypadku dokonania połączenia poprzez zawiązanie nowej spółki obie strony połączenia tracą w jej wyniku byt prawny, taki sposób przeprowadzenia

⁷ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1063.

⁸ *Ibidem*, s. 1065.

⁹ A. Witosz, A.J. Witosz, *Skutki prawne połączenia [w:] System Prawa Prywatnego tom 17B Prawo Spółek Kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2016, s. 1146.

¹⁰ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1070.

¹¹ M.J. Skrodzka, K. Skrodzki [w:] *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz*, red. Z. Jara, Warszawa 2014, s. 1754.

¹² A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1160.

transakcji połączenia spółki zależnej i dominującej nie będzie budził innych problemów prawnych niż w przypadku klasycznego łączenia przez zawiązanie nowej spółki. Ten rodzaj fuzji nie będzie stanowił przedmiotu dalszych rozważań niniejszej pracy. Z powodu istniejącej konieczności łączenia się spółek osobowych w drodze powołania nowej spółki, także ta kwestia nie będzie stanowić przedmiotu rozważań artykułu. Jak wykazuje się w doktrynie, dla połączenia odwrotnego właściwa jest droga połączenia *per incorporationem*¹³. Co więcej, większość doktryny w przypadku połączenia poprzez zawiązanie nowej spółki uważa, że w tym wypadku nie mamy do czynienia z połączeniem odwrotnym¹⁴.

3. Kontrowersje w przypadku przeprowadzenia transakcji połączenia odwrotnego

Spośród zaprezentowanych sposobów dokonania połączenia za kontrowersyjne w wypadku dokonania transakcji downstream merger doktryna uznaje przeprowadzenie transakcji łączenia przez przejęcie. W wypadku fuzji spółek kapitałowych, w posiadaniu spółki dominującej znajdują się akcje lub udziały spółki zależnej. W wyniku połączenia dochodzi do nabycia przez spółkę przejmującą, w drodze sukcesji uniwersalnej, aktywów i pasywów spółki przejmowanej a także wejście w istniejące stany faktyczne¹⁵. Udziały lub akcje przejmującej spółki nie zostaną zniesione w wyniku połączenia. W wyniku dokonanego połączenia w posiadanie spółki zależnej wejdą jej własne udziały lub akcje będące majątkiem spółki dominującej. Wiąże się to z kontrowersjami wynikającymi z faktu objęcia w posiadanie przez spółki zależne własnych udziałów lub akcji. Konsekwencje takiej sytuacji różnią się ze względu na formę prawną spółki przejmującej.

Za szczególnie dyskusyjną uznaje się transakcję połączenia odwrotnego w postaci połączenia przez przejęcie, gdy spółką przejmowaną jest zależna spółka z o.o.¹⁶ Wynika to z wyrażonego wprost w art. 200 § 1 KSH generalnego zakazu nabywania, obejmowania lub przyjmowania w zastaw własnych udziałów. Zakaz ten obejmuje wszelkie sposoby nabycia, w tym w drodze darowizny oraz na podstawie umowy użytkowania¹⁷. KSH przewiduje jedynie 4 wyjątki od wymienionej zasady¹⁸. Są to: nabycie w drodze egzekucji, gdy nie można w inny sposób zaspokoić roszczeń spółki wobec współnika, nabycie w celu umorzenia oraz w innych przypadkach przewidzianych w ustawie tj. w art. 515 § 2, zgodnie z którym spółka może nabyć udziały własne do wysokości 10% wartości nominalnej w celu umożliwienia objęcia udziałów lub akcji współnikom spółki przejmowanej (według większości poglądów, przepis ten nie

¹³ A. Opalski, W. Archamowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia...*

¹⁴ J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji własnych nabytych przez spółkę przejmującą w drodze połączenia odwrotnego*, PPH 8/2013, s. 44.

¹⁵ A. Witosz, A.J. Witosz, *Skutki prawne połączenia* [w:] *System Prawa Prywatnego tom 17B...*, s. 1124-1125.

¹⁶ A. Opalski, W. Achramowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia...*

¹⁷ M. Chomiuk [w:] *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz...*, s. 747.

¹⁸ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom I Komentarz do art. 1-300*, Warszawa 2017, s. 899.

pozwala na posiadanie przez spółkę udziałów własnych nabytych w drodze sukcesji uniwersalnej¹⁹) oraz art. 541 § 5 KSH. Pośród wyjątków ustawa nie przewiduje nabycia udziałów w drodze sukcesji uniwersalnej²⁰, w przeciwieństwie do uregulowań spółki akcyjnej, u której ustawodawca dopuszcza nabycie własnych akcji w drodze sukcesji uniwersalnej.

Wprowadzony zakaz ma na celu uniemożliwienie sytuacji w której spółka byłaby własnym wspólnikiem²¹. W takiej sytuacji doszłoby do zaburzenia równowagi pomiędzy czynnikiem właścicielskim oraz zarządczym²². Zakaz ten ma na celu zapobieżenie sytuacji zbytniego usamodzielnienia się zarządu²³. Argument ten jest osłabiony faktem, że w wypadku posiadania własnych udziałów, w drodze analogii z przepisami o spółce akcyjnej, spółka z o.o. nie może wykonywać praw korporacyjnych z posiadanych udziałów poza uprawnieniami do ich zbycia lub czynnościami zmierzającymi do ich zachowania²⁴. Drugim z wymienianych powodów istniejącego ograniczenia jest chęć ochrony majątku spółki przed kapitałowymi przekazami na rzecz jej wspólników. Sytuacja taka mogłaby oznaczać zwrot na rzecz wspólników kapitału włożonego w spółkę bez przeprowadzenia procedury obniżenia kapitału zakładowego²⁵. Niewystarczająca liczba argumentów uzasadniających konieczność istnienia tak rygorystycznych ograniczeń w nabywaniu udziałów własnych przez spółkę stanowi podstawę dla pojawiających się postulatów złagodzenia istniejącego zakazu²⁶.

Konsekwencje przewidziane za naruszenie artykułu 200 § 1 KSH mają charakter zarówno cywilnoprawny, jak i karny. Podstawową sankcją za naruszenie zakazu jest nieważność czynności prawnych na podstawie art. 58 § 1 KC. Ponadto otrzymane przez wspólnika świadczenia podlegają zwrotowi na mocy art. 198 KSH²⁷. Istnieją jednak kontrowersje, czy w wypadku sukcesji praw i obowiązków w drodze połączenia mamy do czynienia z czynnością prawną i w konsekwencji, czy sankcja nieważności znajdzie w tym wypadku zastosowanie²⁸. Na gruncie prawa karnego, członkowie zarządu, którzy dopuścili do nabycia przez spółkę z o.o. własnych udziałów, na mocy art. 588 KSH podlegają karze grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności na okres do 6 miesięcy.

¹⁹ M. Chomiuk [w:] *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz...*, s. 748.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ A. Herbet, *Rozporządzanie udziałami* [w:] *System Prawa Prywatnego tom 17A Prawo Spółek Kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2016, s. 338.

²² K. Solarz, *O dopuszczalności downstream mergers w świetle regulacji Kodeksu Handlowego*, Biuletyn Koła Naukowego Prawa Spółek nr 3/2012, s. 4.

²³ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne spółek kapitałowych w aspekcie prawa handlowego i podatkowego*, Monitor Podatkowy 9/2008, <http://czasopisma.beck.pl/monitor-podatkowy/artukul/polaczenie-odwrotne-spolek-kapitalowych-w-aspekcie-prawa-handlowego-i-podatkowego/>, 10.01.2017.

²⁴ M. Chomiuk [w:] *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz...*, s. 748.

²⁵ A. Herbet, *Rozporządzanie udziałami* [w:] *System Prawa Prywatnego tom 17A...*, s. 338.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ M. Chomiuk [w:] *Kodeks Spółek Handlowych Komentarz...*, s. 747.

²⁸ K. Solarz, *O dopuszczalności downstream mergers...*, s. 10.

W stosunku do zakresu stosowania zakazu z art. 200 § 1 KSH w wypadku połączenia odwrotnego z udziałem spółki z o.o. w roli spółki przejmującej wyróżnia się trzy stanowiska.

Pierwsze z nich, zaprezentowane m.in. przez A. Szumańskiego²⁹, A. Kidybę³⁰ oraz M. Mazgaj, zgodnie z którym w wypadku połączenia odwrotnego zakaz nabywania własnych udziałów przez spółkę z o.o. z art. 200 § 1 KSH nie znajdzie zastosowania³¹. Podstawą dla takiego twierdzenia jest zastosowanie wykładni językowej, zgodnie z którą brzmienie art. 200 § 1 KSH, w którym użyte zostało słowo „nabycie”, nie odnosi się w ogóle do sytuacji przejścia udziałów w drodze sukcesji uniwersalnej. Wzmocnieniem takiego stanowiska jest fakt, zgodnie z którym przeniesienie w drodze sukcesji uniwersalnej nie wymaga żadnych działań ze strony następcy prawnego i następuje niejako automatycznie. Tym samym przeprowadzenie transakcji typu downstream merger znajduje się poza dyspozycją wyrażonego w art. 200 § 1 KSH zakazu. Co więcej, w takim wypadku nie obowiązuje przewidziana dla spółek akcyjnych niemożność wykonywania prawa głosu z posiadanych udziałów³². Przyjęcie tej koncepcji pozwalałoby również na dopuszczenie transakcji typu połączenia wieloszczeblowego, polegającego na przejściu nie tylko spółki bezpośrednio dominującej, ale również spółki dominującej nad spółką bezpośrednio dominującą³³.

Drugie ze stanowisk zakłada istnienie konstrukcyjnej luki prawnej, co w konsekwencji ma pozwolić na stosowanie dopuszczalnej analogii z art. 362 § 1 pkt. 3 KSH, zezwalającego spółce akcyjnej na nabywanie własnych akcji w drodze sukcesji uniwersalnej. Pogląd ten opiera się na dopuszczalnej możliwości stosowania do spółki z o.o. przepisów spółki akcyjnej, w wypadku istnienia luki prawnej, jeżeli nie sprzeciwia się to naturze spółki z o.o.

Trzecie ze stanowisk zakłada, że zakaz wyrażony w art. 200 § 1 KSH wyklucza możliwość przeprowadzenia na podstawie prawa polskiego transakcji połączenia odwrotnego w wypadku, gdy spółką przejmującą jest spółka z o.o.³⁴

Pomimo przyjęcia pierwszego stanowiska przez wielu cenionych przedstawicieli doktryny (m.in. A. Kidybę³⁵) wydaje się, że przyjęcie poglądu, że transakcja downstream merger nie jest nabyciem w rozumieniu art. 200 § 1 KSH uznać należy za chybione. Teza ta, choć ułatwia usunięcie prawnej przeszkody w postaci zakazu nabywania własnych udziałów, jednocześnie wypacza sens istnienia zakazu z art. 200 § 1 KSH, który jest zakazem bezwzględnie obowiązującym³⁶. W wypadku przyjęcia tego założenia

²⁹ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1070.

³⁰ *Ibidem*, s. 1071.

³¹ M. Mazgaj, *Przejęcie spółki dominującej przez jej zależną spółkę z o.o.* PPH 10/2011, <http://lex.adm.uj.edu.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc?nro=151132242&wersja=6666&>, 10.01.2017.

³² T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

³³ M. Mazgaj, *Wieloszczeblowe połączenia downstream merger*, PPH 5/2012, s. 51-52.

³⁴ A. Opalski, W. Archamowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia...*; A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1070.

³⁵ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1070.

³⁶ M. Mazgaj, *Przejęcie spółki...*

za właściwe, otworzona zostałaby droga do obejścia przepisów uniemożliwiających posiadanie przez spółkę udziałów własnych. Zasada rozdziału struktury właścicielskiej od zarządczej ani ochrony spółki przed nieuprawnionymi transferami na rzecz wspólników stałaby się iluzoryczna, co pogłębia fakt, że zgodnie ze stanowiskiem zwolenników tego poglądu nie znalazłaby zastosowania sankcja niemożności korzystania z prawa głosu. Nie można uznać, by taki był zamiar ustawodawcy poprzez użycie terminu nabycie z pominięciem określenia „przejście w drodze sukcesji uniwersalnej”. Choć, jak słusznie zauważono, sukcesja uniwersalna charakteryzuje się skutecznością bez konieczności dokonywania przez beneficjenta jakichkolwiek działań, nie można takiej sytuacji traktować w świetle art. 200 § 1 KSH w sposób odmienny od przejścia własności w inny sposób.

Pojęcie nabycia stanowi szeroki termin obejmujący przeniesienie własności rzeczy lub praw i pod takim znaczeniem w sposób utrwalony funkcjonuje w obrocie prawnym. Obejmuje ono również nabycie w sposób pochodny³⁷, a takim rodzajem jest sukcesja pod tytułem ogólnym, czyli sukcesja uniwersalna. Pod takim też znaczeniem ustawodawca używa terminu „nabywać” w art. 362 § 1 KSH, gdzie w punkcie 3 objął znaczeniem tego terminu także sukcesję akcji w sposób uniwersalny. W doktrynie uznaje się, że przyjęcie braku zastosowania art. 200 § 1 KSH do transakcji połączenia odwrotnego powodowałoby niedopuszczalną sprzeczność wewnątrz przepisu kodeksu³⁸. Zatem celowościowa wykładnia przepisu³⁹ oraz istniejące domniemanie racjonalności ustawodawcy, nie pozwala na uznanie, że pogląd o wyłączeniu połączenia odwrotnego spod regulacji art. 200 § 1 KSH jest trafny⁴⁰.

Przeciwko przyjęciu stanowiska wykluczającego możliwość dokonania transakcji połączenia odwrotnego stoi dotychczasowa polityka sądów rejestrowych, które nie odmawiają dokonania wpisu do rejestru dokonania połączeń down stream mergers⁴¹. Nie powala również na wyciągnięcie takich wniosków brak unormowanego w przepisach, wyrażonego wprost, zakazu dokonywania połączeń odwrotnych z udziałem spółki z o.o. jako spółki przejmującej.

Za najbardziej odpowiednie stanowisko, w wyniku przeprowadzonych rozważań, należy uznać pogląd postulujący istnienie luki prawnej, a w konsekwencji możliwość zastosowania na zasadzie analogii przepisów o spółce akcyjnej. Podzielenie takiego stanowiska pozwala rozwiązać istniejące wątpliwości bez konieczności konstruowania wątpliwych teorii niestosowania zakazu z art. 200 § 1 KSH oraz z praktyką sądów rejestrowych dokonujących wpisu takich transakcji do rejestru. Wymogiem koniecznym dla zastosowania analogii jest brak sprzeczności rozwiązania z naturą spółki z o.o. Nabycia w drodze sukcesji uniwersalnej nie można jednak uznać za sprzeczne z naturą takiej spółki, gdyż jest to powszechnie występujący w obrocie sposób

³⁷ A. Opalski, W. Archamowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia...*

³⁸ M. Mazgaj, *Przejście spółki...*

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ K. Solarz, *O dopuszczalności downstream mergers...*, s. 7.

⁴¹ <http://www.gazetaprawna.pl/amp/949353,prawne-i-podatkowe-aspekty-polaczenia-odwrotnego.html>, 10.01.2017.

przejścia własności⁴². Zwolennicy stosowania analogii w zastosowaniu przepisów o sukcesji uniwersalnej akcji własnych wzmacniają swoje stanowisko występowaniem zwrotu o „innych przypadkach przewidzianych w ustawie”. W myśl tej interpretacji art. 362 § 1 pkt 3 KSH stanowiłby dopuszczalny na podstawie art. 200 KSH przypadek wyłączenia⁴³.

Interpretacja zapisów artykułu 200 KSH w duchu zakazu przeprowadzania połączeń odwrotnych stanowiłaby niedozwolone naruszenie zasady swobody obrotu gospodarczego⁴⁴. Cele ograniczenia nabywania przez spółkę własnych udziałów lub akcji są identyczne dla obu rodzajów spółek kapitałowych. Wykładnia celowościowa nie pozwala na rozszerzenie restrykcji przewidzianych wobec spółki z o.o., przy stosowaniu bardziej liberalnych kryteriów w stosunku do spółki akcyjnej. Wniosek taki wysuwa się zwłaszcza przy analizie art. 364 § 2 KSH, w którym jedyną sankcją wobec spółki za nabycie udziałów własnych jest ograniczenie możliwości wykonywania praw korporacyjnych. Sukcesja uniwersalna akcji własnych nie stanowi również wyłącznej cechy spółki akcyjnej, która wykluczałaby możliwość jej zastosowania do innych rodzajów spółek kapitałowych⁴⁵.

Ogólne reguły stosowania przepisów KSH zakładają możliwość zastosowania przepisów dotyczących spółki akcyjnej w wypadku, gdy w uregulowaniach spółki z o.o. istnieją konstrukcyjne luki, gdyż ze względu na występowanie elementu osobowego, spółka z o.o. jest spółką mniej uregulowaną⁴⁶. Za taką należy uznać brak regulacji w sprawie sukcesji uniwersalnej udziałów. Przeprowadzona wyżej analiza wskazuje, że za w pełni zasadne należy uznać dopuszczalność nabycia udziałów własnych jako wyprowadzonego w drodze analogii wyjątku. Z powodu niejednoznaczności w prezentowanych przez doktrynę poglądach w praktyce zaleca się wcześniejsze przekształcenie zależnej spółki z o.o. w spółkę akcyjną⁴⁷. Innym ze sposobów dokonania połączenia bez ryzyka prawnego oraz wydłużenia okresu potrzebnego na przekształcenie, jest przeniesienie posiadanych przez spółkę dominującą udziałów w spółce zależnej na osobę trzecią lub specjalnie utworzoną w tym celu spółkę, z zastrzeżeniem ich zwrotnej odsprzedaży na rzecz udziałowców spółki przejmującej⁴⁸.

Generalny zakaz nabywania akcji własnych przez spółkę akcyjną został zamieszczony w art. 362 § 1 KSH. Artykuł 362 § 2 KSH poprzez wprowadzone wyjątki daje jednak szerszą możliwość nabycia akcji własnych, niż ma to miejsce w wypadku udziałów własnych spółki z o.o. W art. 362 § 1 pkt. 3 KSH wprost zostało przyznane prawo do nabywania przez spółkę akcyjną swoich akcji w drodze sukcesji uniwersalnej. Z tego powodu przeważająca większość poglądów dopuszcza możliwość nabycia akcji

⁴² T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

⁴³ M. Pyka, *Przejęcie dominującej spółki...*

⁴⁴ K. Solarz, *O dopuszczalności downstream mergers...*, s. 9.

⁴⁵ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*; K. Solarz, *O dopuszczalności downstream mergers...*, s. 9.

⁴⁶ M. Mazgaj, *Przejęcie spółki...*

⁴⁷ <http://www.gazetaprawna.pl/amp/949353,prawne-i-podatkowe-aspekty-polaczenia-odwrotnego,10.01.2017>; M. Mazgaj, *Przejęcie spółki...*

⁴⁸ M. Pyka, *Przejęcie dominującej spółki...*

własnych przez spółkę akcyjną w drodze połączenia odwrotnego na zasadzie sukcesji uniwersalnej⁴⁹. Jedyną sankcją wymierzoną przeciwko posiadaniu akcji własnych jest zakaz wykonywania prawa głosu z akcji oraz innych praw udziałowych na mocy art. 364 § 2 KSH. Istnieje jednak ryzyko w wypadku, gdyby spółka przejmująca przejęła 100% swoich akcji. Może to doprowadzić do paraliżu decyzyjnego⁵⁰, zalecane w takiej sytuacji byłoby więc ich zbycie zgodnie z art. 364 § 2 KSH.

4. Konsekwencje nabycia własnych akcji lub udziałów

Dopuszczalność transakcji reverse merger nie rozwiązuje jednak wszystkich problemów związanych zwłaszcza z koniecznością uniknięcia sytuacji w której, spółka byłaby własnym wspólnikiem. Nabycie własnych udziałów powinno charakteryzować się przejściowym charakterem, co wynika z zastosowania analogii z przepisu art. 200 § 2 KSH⁵¹. Konieczność umorzenia udziałów własnych wiązać może się z czasowym podwyższeniem kapitału zakładowego, celem wydania udziałów wspólnikom spółki przejmowanej, a następnie jego obniżenie poprzez umorzenie nabytych w drodze sukcesji uniwersalnej udziałów własnych⁵². Ponieważ brak jest konkretnych terminów koniecznego zbycia nabytych udziałów (przepis art. 200 KSH wymaga jedynie zbycia udziałów nabytych w drodze egzekucji w terminie roku od ich nabycia lub ich umorzenia po upływie tego okresu), należy uznać, że ich zbycie lub umorzenie powinno nastąpić niezwłocznie, w zależności od występujących okoliczności⁵³.

Odmierna sytuacja występuje w wypadku posiadanie przez spółkę akcyjną akcji własnych nabytych w drodze transakcji downstream merger. Wyrażony wprost w ustawie wyjątek pozwalający na nabycie akcji w drodze sukcesji powoduje, że ograniczenia związane z posiadaniem akcji własnych oparte będą jedynie na przepisach artykułu 364 oraz 363 KSH. Zgodnie z nimi, z akcji własnych nie można wykonywać praw udziałowych z wyjątkiem czynności zmierzających do ich zachowania. Na podstawie art. 363 § 4 oraz § 5 KSH akcje nabyte w drodze sukcesji uniwersalnej powinny zostać zbyte w terminie dwóch lat od nabycia jeżeli przekraczają 10% kapitału zakładowego lub po tym terminie powinny zostać niezwłocznie umorzone przez zarząd. W związku z zagadnieniem umorzenia akcji własnych pojawił się spór, czy zarząd może umorzyć akcje przed dniem połączenia odwrotnego. Za takim stanowiskiem opowiadał się J. Jerzmanowski⁵⁴, za właściwe uznać należy jednak pogląd A. Kidyby, który uznał takie postępowanie za niedopuszczalne, ponieważ spółka dla umorzenia własnych akcji musi być w ich posiadaniu, w które wejdzie dopiero z dniem połączenia⁵⁵.

⁴⁹ A. Opalski, W. Archamowicz, *Kontrowersje wokół przejęcia...*

⁵⁰ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² <http://www.gazetaprawna.pl/amp/949353,prawne-i-podatkowe-aspekty-polaczenia-odwrotnego.html>.

⁵³ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

⁵⁴ J. Jerzmanowski, *Umorzenie akcji własnych...*, s. 46.

⁵⁵ A. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych Tom II...*, s. 1071.

5. Procedura połączenia oraz skutki połączenia odwrotnego

Połączenie odwrotne wymaga zastosowania modelowej procedury połączenia w pełnym jej zakresie. Pomimo przewidzianej w kodeksie procedury uproszczonej, nie można jej przeprowadzić w zakresie połączenia odwrotnego⁵⁶. Jedyną możliwością skrócenia okresu procedury łączenia jest zgoda wspólników na rezygnację ze sporządzenia sprawozdania zarządów oraz sporządzenia i badania opinii o planie połączenia przez biegłego⁵⁷. W pozostałych wypadkach zastosowanie znajdują procedury łączenia spółek opisane w Tytule IV dziale I Kodeksu Spółek Handlowych.

Chociaż przedmiotem niniejszej pracy są zagadnienia prawnohandlowe połączenia odwrotnego, warto wspomnieć o niektórych skutkach wywieranych przez połączenie odwrotne na innych płaszczyznach. Ponieważ pod względem sukcesji spółka przejmująca wchodzi całkowicie w prawa i obowiązki spółki przejmowanej, zastawy ustanowione na udziałach i akcjach pozostają w mocy również po połączeniu spółek⁵⁸.

Pod względem wejścia w ogół praw i obowiązków spółki przejmowanej wyróżnić należy art. 23¹ Kodeksu Pracy. Zgodnie z jego brzmieniem, spółka przejmująca z mocy ustawy wchodzi w miejsce spółki przejmowanej w istniejące stosunki pracy.

Pod względem podatkowym połączenie odwrotne w większości wypadków jest dla spółki neutralne pod względem opodatkowania podatkiem CIT. Wyjątek stanowi sytuacja, gdy spółka dominująca posiada mniej niż 10% udziałów spółki zależnej⁵⁹. Ponadto wspólnicy spółki przejmowanej nie podlegają opodatkowaniu podatkiem dochodowym. Połączenie odwrotne nie podlega również pod opodatkowanie podatkiem PCC ani VAT⁶⁰.

6. Podsumowanie

Połączenie odwrotne należy uznać za dopuszczalną przez przepisy prawa handlowego reorganizację struktury holdingu. Istniejące jednak niedoskonałości pozostawiają dużą gamę wątpliwości interpretacyjnych związanych z tym rodzajem połączenia. Chociaż istniejące przepisy pozwalają z całą pewnością opowiedzieć się za dopuszczalnością połączenia odwrotnego w wypadku spółek akcyjnych, nie ma takiej bezspornej sytuacji w wypadku spółek z ograniczoną odpowiedzialnością. Za podstawę takiego stwierdzenia uznaje się możliwość stosowania w drodze *analogia iuris* przepisów art. 362 § 1 KSH. Ponieważ zasada pewności obrotu stanowi o konieczności istnienia prawa niedopuszczającego wątpliwości w zastosowaniu, za pożądane i konieczne uznaje się uregulowanie wprost dopuszczalności sukcesji udziałów własnych przez spółkę z o.o. w drodze sukcesji uniwersalnej. Rozwiązanie takie z powodzeniem funkcjonuje

⁵⁶ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

⁵⁷ <http://www.gazetaprawna.pl/amp/949353,prawne-i-podatkowe-aspekty-polaczenia-odwrotnego.html>, 10.01.2017.

⁵⁸ M. Mazgaj, *Przejęcie spółki...*

⁵⁹ T. Jezierski, *Połączenie odwrotne...*

⁶⁰ <http://www.gazetaprawna.pl/amp/949353,prawne-i-podatkowe-aspekty-polaczenia-odwrotnego.html>, 10.01.2017.

w prawie niemieckim⁶¹. Dla stworzenia takiej możliwości konieczne byłoby dodanie wyjątku w art. 200 KSH dopuszczającego nabywanie udziałów własnych spółki z o.o. w drodze sukcesji uniwersalnej. Wprowadzenie takiego wyjątku pozwoliłoby na dostosowanie istniejących uregulowań do warunków występujących we współczesnym obrocie gospodarczym. Usunąłoby zagrożenia oraz wątpliwości związane z dotychczasowym sposobem przeprowadzania transakcji reverse merger, w tym możliwość ponoszenia odpowiedzialności karnej na podstawie art. 588 KSH.

* * *

Downstream Mergers in Polish Law – Legal Issues of Reverse Acquisition and Directions of Recommended Regulation

The article analyzes the possibility of the transaction downstream merger also called a reverse merger under Polish law. Article begins with the presentation of the concepts and modes of mergers. The author discusses issues concerning the general principles of the merger, shows the proper procedures and regulations relating to the measures concerned. Are examined differences in the analysis of transactions between different types of the participating companies, the controversy of carrying out such transactions especially in the context of the ban on the acquisition of own shares under the provisions of commercial law and discusses represented by the doctrine of positions on this issue. The article ends with comments on the procedure and the effects of the reverse merger. In summary, the author pointed out the need for changes to the existing and proposed them to the desired direction.

Key words: merger, reverse merger, downstream merger

⁶¹ M. Mazgaj, *Przejęcie spółki...*

Mateusz Grześków¹

**O dopuszczalności zawarcia umowy
ubezpieczenia D&O na rzecz członka
zarządu bez zgody organu właścicielskiego
w świetle art. 15 § 1 k.s.h.**

Streszczenie:

Niniejszy artykuł podejmuje rozważania w zakresie, czy tzw. umowa ubezpieczenia D&O zawarta przez członka zarządu w imieniu spółki z ubezpieczycielem, na rzecz członka zarządu, a bez zgody organów właścicielskich, wyczerpuje znamiona pojęcia „innej podobnej umowy” z art. 15 § 1 k.s.h. Wymaga to dokonania wykładni tego przepisu, który z racji posłużenia się nieostrą klauzulą budzi szereg wątpliwości praktycznych oraz w doktrynie i orzecznictwie co do jego prawidłowego rozumienia. Dotychczas zarysowano dwie linie wykładnicze tego pojęcia: normatywną oraz funkcjonalną. Dla możliwe szerokiego ujęcia problemu, umowa D&O została zanalizowana poprzez ich pryzmat, co przynosi wnioski, iż umowa ta ani nie jest konstrukcyjnie zbliżona do umowy pożyczki, kredytu lub poręczenia zarówno z osobna, jak i ich wspólnych cech, ani nie nosi znamion „nieuzasadnionych korzyści [członka zarządu] kosztem spółki”, co stanowi istotę wykładni funkcjonalnej wyłożonej przez Sąd Najwyższy. Oznacza to, iż taka umowa D&O nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 15 § 1 k.s.h., a zatem nie jest konieczne uzyskanie zgody organu właścicielskiego na jej zawarcie pod rygorem nieważności.

Słowa kluczowe: spółka kapitałowa, członek zarządu, odpowiedzialność cywilnoprawna, umowa ubezpieczenia D&O, zgoda korporacyjna

¹ Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Gospodarczego Prywatnego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

1. Wprowadzenie

Niniejszy artykuł podejmuje się rozważenia kwestii, czy art. 15 § 1 kodeksu spółek handlowych² obejmuje swoim zakresem tzw. umowy ubezpieczenia D&O (*Directors and Officers' liability insurance*), gdy zawierane są one przez spółkę z ubezpieczycielem na rzecz przede wszystkim członka zarządu spółki (osoby trzeciej, występującej tu w charakterze ubezpieczonego) bez uzyskania zgody zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia na zawarcie tej umowy. Kwestia ta ma o tyle znaczenie, iż taki kształt umów D&O występuje przeważnie w obrocie, gdy mniej popularny wariant w postaci zawarcia owej umowy bezpośrednio przez członka zarządu z ubezpieczycielem leży poza unormowaniem art. 15 § 1 k.s.h.³ Z drugiej strony mają one ochronić interesy majątkowe członka zarządu na wypadek pociągnięcia go odpowiedzialności cywilnoprawnej za określone zdarzenia. Katalog tychże jest dość szeroki, stąd warto tutaj przykładowo wskazać na odpowiedzialność wynikającą z art. 293 oraz 483 k.s.h., które przewidują, iż członek zarządu odpowiada wobec spółki za wyrządzoną jej szkodę, czy też art. 299 § 1 k.s.h., który przewiduje subsydiarną odpowiedzialność członka zarządu za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli. Ten ostatni nabiera szczególnego znaczenia w przypadku spółek z o.o., prowadzących działalność gospodarczą w na tyle znacznych rozmiarach, iż wskazane byłoby przekształcenie ich w spółki akcyjne⁴. Znamienne jest to, iż podmiotem, który zobowiązany jest do uiszczania składek tytułem umowy ubezpieczenia, jest spółka⁵, mimo że to nie ona z tej podstawy zasadniczo odnosi korzyści, gdyż w pierwszej kolejności chroniony jest interes majątkowy menadżera. Jednakże, w razie zaistnienia sytuacji, w której wysokość szkody przekracza zdolność kompensacyjną sprawców, spółka zdolna jest uzyskać stosowne odszkodowanie na pokrycie powstałej straty⁶.

Choć niniejszy artykuł kładzie nacisk na dopuszczalność zawarcia umowy ubezpieczenia D&O na rzecz członka zarządu, to poczynione tutaj uwagi są także aktualne w kontekście pozostałych podmiotów wskazanych w dyspozycji tego przepisu, tj. członków rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej, prokurentów i likwidatorów⁷. Ograniczenie przedmiotu zainteresowania do członków zarządu jest pochodną faktu, iż to na nich

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jednolity: Dz.U. 2000 nr 94 poz. 1037 ze zm.), zwana dalej: k.s.h.

³ P. Slufińska, *Kilka uwag na temat ubezpieczenia D&O*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2015/3, s. 113.

⁴ Siłą rzeczy przekłada się potencjalnie wysoką skalę zobowiązań tejże, a zatem i uprawdopodobnia zaistnienie sytuacji, w której majątek członka zarządu będzie niewystarczających do pokrycia zobowiązań spółki.

⁵ S. Sikorski, *Odpowiedzialność cywilna członków organów spółek kapitałowych – ubezpieczenie Directors and Officers (D&O)* [w:] Ł. Krupa, M. Kuliński, K. Maćkowska, R. Maćkowski, B. Pęczkowski, S. Sikorski, M. Wawer, A. Zołotar, *Odpowiedzialność kadry zarządzającej spółek kapitałowych*, Warszawa 2014, s. 4.

⁶ J. Okolski, D. Wajda, *Odpowiedzialność członków zarządu spółek kapitałowych*, Przegląd Prawa Handlowego, 2007/02, s. 13.

⁷ D. Wajda, *Ubezpieczenia Directors and Officers (D&O)*, Prawo Spółek 2007/3, s. 49; acz dyskusyjne jest, czy umowa D&O objąć może likwidatorów spółki, rzecz ta regulowana jest już przez poszczególnych ubezpieczycieli.

cięży z jednej strony obowiązek prowadzenia spraw spółki oraz z drugiej strony katalog potencjalnych roszczeń odszkodowawczych jest najszerzy wobec nich.

2. Wykładnia przepisu art. 15 § 1 k.s.h.

2.1. Uwagi ogólne

Ratio legis niniejszego przepisu tkwi w naturze spółki kapitałowej jako osoby prawnej, która w myśl art. 38 kodeksu cywilnego⁸ działa poprzez swoje organy. Stąd z zasady, z racji regulacji zawartej w art. 201 § 1 oraz 368 § 1 k.s.h., umowy w imieniu spółki zawierane są przez zarząd. Ze względu na możliwość wystąpienia konfliktu interesów między członkami organów a spółką, celem ochrony majątku tej ostatniej, ustawodawca zdecydował się wprowadzić regulację zawartą w art. 15 § 1 k.s.h o charakterze normy *ius cogens*, której umowa bądź statut spółki ani nie mogą wyłączyć, ani ograniczyć⁹. Zapobiegać ma to sytuacji, w której zostanie zawarta umowa przez spółkę (reprezentowaną przez członków zarządu) z podmiotami mającymi decydujący wpływ na jej funkcjonowanie bez wiedzy i z pominięciem organów właścicielskich. Ustawodawca wyszedł z założenia, iż jeśli dana umowa może rodzić ryzyko wystąpienia straty po stronie spółki, gdy jednocześnie beneficjentem będzie podmiot określony w art. 15 § 1 k.s.h., to ostateczną decyzję w tej sprawie podjąć ma zgromadzenie wspólników albo walne zgromadzenie, jako organy składające się *de facto* z osób, które spółkę tworzą i których interes majątkowy wyznacza interes spółki¹⁰. Udzielenie przez nie zgody oznacza, iż ryzyka takiej szkody nie stwierdza się, a zatem dana umowa nie będzie skutkować bezzasadnym przysporzeniem majątkowym kosztem spółki na rzecz jej funkcjonariuszy.

O ile zakres podmiotowy art. 15 k.s.h. nie budzi wątpliwości, bowiem w sposób enumeratywny dokonuje on wyliczenia osób objętych swą dyspozycją, a uzupełnienie tego o zwrot „na rzecz którejkolwiek z tych osób” odnosi się do sytuacji, gdy któraś z nich występuje w danym stosunku prawnym nie jako strona, a osoba trzecia¹¹, o tyle zasadniczy problem tkwi w zakresie przedmiotowym. Ustawa wylicza trzy rodzaje umów: umowę pożyczki, kredytu oraz poręczenia, a katalog ten uzupełniony został poprzez nieostrą klauzulę generalną sformułowaną jako „inna podobna umowa”, co jest źródłem licznych wątpliwości interpretacyjnych co do prawidłowej wykładni tego przepisu. Znamienne jest bowiem to, iż zawarcie umowy podlegającej dyspozycji przepisu

⁸ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.), zwana dalej: k.c.

⁹ R. Szczęsny, *Zarząd w spółkach kapitałowych*, Kraków 2004, s. 229–230; nie ma jednak przeszkód do zaostrenia rygorów przewidzianych w tym przepisie; zob. A. Opalski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Tom IIIa. Komentarz*, red. A. Opalski, Warszawa 2016, s. 255.

¹⁰ J.P. Naworski [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł III. Spółki kapitałowe. Dział I. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, red. R. Potrzeszcz, T. Siemiątkowski, 2011, LEX/el nr: 9054, art. 15 pkt 1; A. Opalski, *O pojęciu interesu spółki handlowej*, *Przegląd Prawa Handlowego* 11/2008, s. 17–18.

¹¹ M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 51–52; choć pewne wątpliwości dotyczyć mogą sytuacji wykraczających poza ramy zainteresowania tego opracowania: np. umowa, w której ową osobą trzecią jest spółka, której jedynym wspólnikiem jest ów członek zarządu.

art. 15 § 1 k.s.h. bez zgody zgromadzenia wspólników albo walnego zgromadzenia skutkuje na mocy art. 17 § 1 k.s.h. nieważnością danej czynności prawnej, gdyż w tym wypadku wymóg uzyskania zgody jest narzucony przez ustawę¹². O ile zrozumiałe jest, iż w tym wypadku posłużono się katalogiem otwartym rodzajów umów, by uniknąć nadmiernej kazuistyki, a również by objąć dyspozycją normy umowy nienazwane¹³, prowadzi to jednak do niepewności w obrocie prawnym. Przepis ten obejmuje umowy bez względu na wysokość ich wartości, w konsekwencji czego konieczne jest uzyskanie zgody dla nawet, z perspektywy majątku spółki, czynności pozbawionych absolutnie jakiegokolwiek doniosłości, a jednocześnie należy z jego dyspozycji wyłączyć umowy niepodobne konstrukcyjne, które osobom wymienionym mogą przyznawać czy to bezzasadne uprzywilejowania, czy wręcz nadmiernie świadczenia¹⁴.

2.2. „Inna podobna umowa”

Dotychczas zarówno ani doktryna, ani orzecznictwo nie dokonało jednolitej, spójnej wewnętrznie oraz kompleksowej wykładni pojęcia „innej podobnej umowy” w rozumieniu art. 15 § 1 k.s.h., co tylko pokazuje w jak zróżnicowany sposób można ów termin interpretować. Przeważnie wykładnia ograniczała się albo do sformułowań o charakterze ogólnym, albo do analizy poszczególnych przypadków *in concreto*. Na potrzeby tego opracowania dokonany został ich przegląd, jako że już poczynione ustalenia są pomocne pod kątem próby zakwalifikowania, bądź nie, umowy D&O jako „innej podobnej umowy” do umowy pożyczki, kredytu albo poręczenia. Obecnie wyróżnić można dwie odrębne linie interpretacyjne: wykładnię o charakterze normatywnym (dogmatycznym) oraz o charakterze celowościowym (funkcjonalnym)¹⁵.

Wykładania o charakterze normatywnym opiera się na interpretacji pojęcia „inne podobne umowy” poprzez pryzmat elementów konstrukcyjnych czy to umowy kredytu, czy umowy pożyczki, czy umowy poręczenia bądź innej umowy, która łączy ich elementy. Sednem jest zatem zbadanie, czy dana umowa będąca przedmiotem analizy oparta jest zatem o analogiczne *essentialia negotii*¹⁶. Podejście to w rezultacie zawęży krąg potencjalnych umów, które na gruncie art. 15 § 1 k.s.h. można by sklasyfikować jako „inne podobne umowy”, także ze względu na fakt, iż należy ten przepis traktować jako wyjątek od zasady ogólnej, iż zarząd zawiera umowy bez zgody organów właścicielskich, a zatem należy go interpretować zawężająco¹⁷. Wysunięto także szereg elementów, pod kątem których wskazane jest umowy zestawiać, tj. odpłatność, konsensualność, przyczynowość, dwustronnie zobowiązujący charakter danej czynności prawnej, czy

¹² A. Szumański, *Czynności prawne spółki kapitałowej podjęte przez jej zarząd bez zgody rady nadzorczej lub zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia)*, Przegląd Prawa Handlowego 1997/07, s. 8–9.

¹³ M. Dumkiewicz, A. Niewęglowski, *Granice podobieństwa umów w świetle art. 15 k.s.h.*, Glosa 2012/01, s. 43–44.

¹⁴ M. Borkowski, *Reprezentacja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Warszawa 2009, s. 268.

¹⁵ Podział za: uchwała SN z dnia 22 października 2010 r., sygn. III CZP 69/10.

¹⁶ M. Borkowski, *op.cit.*, s. 267.

¹⁷ M. Dumkiewicz, A. Niewęglowski, *op.cit.*, s. 44.

też w węższym aspekcie ograniczyć się należy do: praw i obowiązków stron określonych w danej umowie nazwanej¹⁸.

W innym kierunku poszedł natomiast Sąd Najwyższy¹⁹, który zarzucił powyższe podejście ze względu na stwierdzenie, iż wskazany tam krąg przedmiotowy składa się z umów o różnym charakterze prawnym pełniących różne funkcje w obrocie, a stąd trudno doszukiwać się innej umowy, która łączyłaby cechy tych wymienionych. Zarazem nieuzasadnione miałyby być zawężanie aspektów porównawczych tylko do jednego z rodzajów tych umów, skoro przepis wskazuje na trzy. Te nieścisłości ustawowe dają asumpt do przyjęcia innego kryterium, tj. wykładni o charakterze funkcjonalnym. Inną umową zatem jest umowa, której zawarcie w sposób równie łatwy jak w przypadku pożyczki, kredytu lub poręczenia, umożliwia takie ukształtowanie w niej świadczeń stron, iż członek zarządu uzyskałby nieuzasadnioną korzyść kosztem spółki²⁰. Podejście SN umożliwia rozszerzenie katalogu „innych podobnych umów” na wszelkie umowy, które nawet konstrukcyjnie nie są zbliżone do wyliczonych trzech. Ma ono jednak jeden poważny mankament, gdyż objaśnia jedno nieostre sformułowanie poprzez kolejne nieostre sformułowanie, co siłą rzeczy musi budzić kolejne wątpliwości interpretacyjne. W literaturze uchwała ta spotkała się z zróżnicowanymi opiniami, przeważnie krytycznymi, ze względu na zastosowanie wykładni rozszerzającej *contra legem*, a w konsekwencji, wprowadzenie zagrożenia bezpieczeństwa obrotu poprzez możliwość kwestionowania legalności zawarcia szerokiego katalogu umów z racji nieprecyzyjnych kryteriów dokonywania ich klasyfikacji pod kątem przepisu art. 15 § 1 k.s.h.²¹

W rezultacie powyższego, na gruncie zarówno doktryny jak i orzecznictwa, zbudowano katalog następujący umów, które zakwalifikować należy jako „inne podobne umowy”, tj. m.in.: umowę rachunku bankowego, o dyskonto i redyskonto weksli, o udzielenie gwarancji bankowej i akredytywy, o emisję papierów wartościowych, o wykonanie czynności związanych z wykupem i sprzedażą obligacji, o udostępnienie skrytek sejfowych, o przechowywanie przedmiotów i papierów wartościowych, o wydanie karty płatniczej²², umowy sprzedaży nieruchomości, użytkowania wieczystego, spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu, udziały w spółce z o.o., zamiany nieruchomości gdy ich wyceny rynkowe nie są ekwiwalentne, ustanowienie służebności gruntowej na rzecz funkcjonariusza, ustanowienie hipoteki, gdy suma hipoteki jest niższa od kwoty kapitału, odsetek i innych kosztów, umowy deweloperskiej²³, umowę o przejęcie długu, umowę z dłużnikiem o zwolnienie go z obowiązku świadczenia,

¹⁸ *Ibidem*, s. 45.

¹⁹ Uchwała SN z dnia 22 października 2010 r., sygn. III CZP 69/10.

²⁰ W analizowanym stanie faktycznym, SN pod tym kątem rozpatrywał umowę sprzedaży prawa wieczystego gruntu i własności budynków na nich wzniesionym, zawartej między spółką, a jej prokurentem. Wartość transakcji była znacznie zaniżona w stosunku do ceny rynkowej. Za inną, podobną umowę uznano zatem nie tyle umowę sprzedaży w ogóle, a umowę sprzedaży o cenie znacznie zaniżonej. Por. M. Dumkiewicz, *Kodeks spółek handlowych. Wybór orzecznictwa*, 2015, LEX/el nr: 10088, art. 15.

²¹ A. Opalski, *Kodeks...*, s. 259–262 i tam przywołana literatura.

²² Za: R. Szczęsny, *op.cit.*, s. 219.

²³ Za: W. Gonet, *Reprezentacja stron umów w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2014, s. 69–70.

umowę na rzecz osoby trzeciej, gwarancję, awał, poręczenie wekslowe²⁴ i czekowe²⁵, zawsze darowizna na rzecz menadżera²⁶, leasing, użytkowanie nieprawidłowe, depozyt nieprawidłowy, przewłaszczenie na zabezpieczenie, zastaw²⁷. Katalog ten, co oczywiste, nie jest zamknięty, a klasyfikacja części z tutaj podanych rodzajów umów wywołuje wątpliwości, szczególnie, iż w niektórych wypadkach można mówić tylko o pozornym podobieństwie. Podobnie zauważa się, iż niektóre przypadki są dość dyskusyjne, stąd nie należy uznawać powyższego za w pełni definitywną i ostateczną kategoryzację „innych umów podobnych”, a za wyłącznie dość istotne wskazówki interpretacyjne²⁸.

3. Umowa ubezpieczeniowa D&O

3.1. Uwagi ogólne o charakterze umowy ubezpieczeniowej

Umowa ubezpieczeniowa jest uregulowana poprzez przepisy art. 805 i następne k.c. Ze względu na przedmiot niniejszego artykułu, dalsze rozważania dotyczą bardziej rozbudowanego wariantu umowy ubezpieczeniowej, tj. zawartej na rzecz osoby trzeciej, jaką jest ubezpieczony. Istotą tej umowy jest zobowiązanie ubezpieczającego do opłacania składek umownych, gdy ubezpieczyciel zobowiązuje się, w razie zaistnienia określonego w umowie wypadku, do wypłacenia określonego odszkodowania za powstałą szkodę w przypadku ubezpieczenia majątkowego²⁹. Cechą charakterystyczną umowy ubezpieczeniowej jest jej niejakie oparcie na zdarzeniu losowym, które stanowi fundamentalny element konstrukcyjny pojęcia „wypadku”, stąd też ubezpieczyciel zobowiązany jest swoje świadczenie spełnić tylko w razie jego wystąpienia³⁰. Nie jest konieczne, by w umowie D&O imiennie zostali wskazani konkretni członkowie zarządu, bowiem dopuszczalne jest oraz praktykowane, by objęła ona swoim zakresem piastunów organu jako takich w okresie jej obowiązywania³¹.

Typowa umowa D&O przyjmuje zatem następujący kształt w analizowanym problemie. Spółka, reprezentowana przez jej prawidłowo umocowanych członków zarządu, zawrze umowę, w której zobowiązuje się do opłacania składek na rzecz jej członków zarządu, którzy nie będą ponosić z własnego majątku kosztów owej umowy z ubezpieczycielem, który zobowiązuje się do wypłaty stosownej kwoty pieniężnej w razie zaistnienia wskazanych w umowie wypadków. W każdym wypadku beneficjentem tej umowy są członkowie zarządu, bowiem spółka ubezpiecza ich majątek osobisty od *de facto* podejmowanych przez nich własnych niedbałych działań³². Różne są nato-

²⁴ Por: wyrok SN 5 lutego 2009, I CSK 297/01.

²⁵ Za: M. Borkowski, *op.cit.*, s. 267.

²⁶ Za: M. Rodzynkiewicz, *op.cit.*, s. 51.

²⁷ Za: M. Dumkiewicz, A. Niewęglowski, *op.cit.*, s. 45.

²⁸ Por. A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1 – 300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*, Warszawa 2017, s. 120–121; J.P. Naworski, *op.cit.*, art. 15 pkt. 2–5.

²⁹ M. Orlicki [w:] *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Panowicz-Lipska, Warszawa 2011, s. 806.

³⁰ *Ibidem*, s. 807–808.

³¹ D. Wajda, *op.cit.*, s. 49.

³² J. Okolski, D. Wajda, *op.cit.*, s. 14.

miast podmioty, które przez owe działania mogą zostać pokrzywdzone. Przykładowo, w przypadku art. 293 i 483 k.s.h. będzie to spółka (ubezpieczający), ale już w przypadku art. 299 § 1 k.s.h. – wierzyciele spółki.

3.2. Umowa ubezpieczeniowa w świetle wykładni art. 15 § 1 k.s.h.

W oparciu o poczynione rozważania w podrozdziałach 2.2. oraz 3.1. należy przejść do odpowiedzi na pytanie, czy umowa D&O w rozważanym kształcie podlega dyspozycji art. 15 § 1 k.s.h. Konieczne jest dokonanie wykładni w świetle dwóch różnych linii wykładniczych, celem zminimalizowania ryzyka wystąpienia wątpliwości w tej kwestii.

Istota wykładni funkcjonalnej zawiera się w stwierdzeniu, iż „inna podobna umowa” sprowadza się do udostępnienia członkowi zarządu środków pieniężnych lub rzeczy z obowiązkiem ich zwrotu bądź zabezpieczenia osobistego lub rzeczowego długu członka zarządu wobec osoby trzeciej, przy czym wystarczające jest wykazanie podobieństwa do choćby jednej z tych umów³³.

Już na pierwszy rzut oka widać, iż zarówno umowa pożyczki jak i kredytu (przez doktrynę uznawane za tzw. umowy kredytowe *sensu stricto*)³⁴, mają całkowicie inny charakter, gdyż istota tej pierwszej sprowadza się do zobowiązania pożyczkodawcy do przeniesienia na rzecz pożyczkobiorcy na własność rzeczy oznaczonych co do gatunku albo pieniędzy, gdy pożyczkobiorca zobowiązuje się do ich zwrotu. W tym drugim wypadku bank zobowiązuje się oddać kredytobiorcy do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony określonej kwoty środków pieniężnych na z góry określony cel, gdy kredytobiorca zobowiązany jest korzystać z nich zgodnie z celem umownym, do ich zwrotu wraz z odsetkami oraz zapłaty prowizji. Obydwie te umowy wiążą się z tymczasowymi przesunięciami majątkowymi pomiędzy stronami na warunkach, które mogą zostać bliżej doprecyzowane w drodze umownej. Z tego względu pozbawione jest większego sensu rozpatrywanie tutaj umowy ubezpieczenia D&O w świetle umowy pożyczki oraz kredytu, bez względu na występujące pomiędzy nimi różnice, gdyż w swej istocie umowy te są oparte o tożsame konstrukcje prawne³⁵.

Tylko pozornie można doszukiwać się podobieństwa między umową poręczenia a umową ubezpieczenia przez wzgląd na fakt, iż w obydwu wypadkach przewija się niejako funkcja gwarancyjna. Ta ostatnia nie jest umową o charakterze gwarancyjnym, tzn. taką, która zabezpieczać ma osobisty interes wierzyciela wynikający z innego stosunku umownego. W miejscu tym uwidacznia się akcesoryjny charakter umowy poręczenia, gdyż jej istnienie uzależnione jest od istnienia pierwotnego stosunku umownego³⁶. Dla kontrastu, w przypadku umowy ubezpieczeniowej można mówić tylko o obowiązku wypłacania określonego odszkodowania w razie zaistnienia wypadku określonego w umowie, co do funkcji gwarancyjnej odwoływać się może tylko w znaczeniu nadanym przez język potoczny, tj. chronić ma określony podmiot przed

³³ A. Opalski, *Kodeks...*, s. 258–259.

³⁴ J.P. Naworski, *op.cit.*, art. 15 pkt 2; W. Pyziół [w:] *Prawo zobowiązań...*, s. 326.

³⁵ J. Pisuliński [w:] *Prawo zobowiązań...*, s. 364–365.

³⁶ Z. Radwański [w:] *Prawo zobowiązań...*, s. 547.

negatywnymi konsekwencjami dla jego majątku. Umowa ta nie umożliwia pociągnięcia do odpowiedzialności za pierwotne zobowiązanie osoby trzeciej, jak ma to miejsce na gruncie poręczenia, bowiem ta ostatnia ma na celu tylko zabezpieczenie interesu osoby trzeciej (np. spółka poręczająca za zobowiązanie członka zarządu wobec jego wierzyciela). Poza tym, umowa poręczenia ma charakter jednostronnie zobowiązujący, gdy ubezpieczeniowa opiera się na zobowiązaniach obydwu stron.

W rezultacie, w drodze wykładni normatywnej pojęcia „innej podobnej umowy”, nie sposób wskazać na podobieństwa pomiędzy umową ubezpieczeniową a umową pożyczki, kredytu lub poręczeniem, gdyż ich zawarcie nie powoduje podobnych zagrożeń i skutków dla spółki, jak w przypadku tych trzech wymienionych³⁷. Umowa ubezpieczeniowa ani nie prowadzi do transferu majątku spółki do osoby członka jej zarządu, ani nie sprawia, iż majątek spółki służy zabezpieczeniu długu członka zarządu wobec jego wierzyciela.

Wątpliwości natomiast mogą pojawiać się na gruncie wykładni funkcjonalnej, bowiem w istocie odwołuje się ona do kolejnego nieostrego zwrotu, jakim jest „nieuzasadniona korzyść kosztem spółki”. Stąd poniżej prezentowane są rozważania pod kątem tego, czy umowa D&O jednocześnie jest: nieuzasadniona, na korzyść członka zarządu i na koszt spółki.

Zasadniczo dwie ostatnie przesłanki możliwe są do rozpatrzenia łącznie oraz nie powinny wywoływać większych wątpliwości. Celem zawarcia umowy D&O jest zabezpieczenie interesu majątkowego danego menadżera, stąd skutek jej zawarcia otrzymuje on korzyść w postaci osłony gwarantowanej przez ubezpieczyciela w razie zaistnienia określonych zdarzeń, które wiążą się głównie z zaniedbaniami wywołanymi przez jego działania albo zaniechania. Prowadzi to do wniosku, iż zasadniczym celem jest przyniesienie członkowi zarządu określonych korzyści, a wręcz mało racjonalne wydaje się zawarcie tak ukształtowanej umowy D&O, by miała ona pogarszać jego sytuację ekonomiczną. W praktyce oznacza to, iż z zasady zawierana jest ona dla jego korzyści. Co znamienne, umowa ta zawarta jest na rzecz danego menadżera, który nie jest jej stroną, a zatem nie ponosi żadnych kosztów z tego tytułu. O ile kwestia konstrukcji kontraktów menadżerskich oraz zasad wynagradzania członków zarządu przez spółkę wykracza poza ramy tego opracowania, odnotować należy, iż spółka, obok zasadniczego wynagrodzenia, zobowiązuje się także ze środków własnego majątku pokrywać koszty składek według warunków umowy zawartej z ubezpieczycielem. Niezależnie od kwalifikacji tego świadczenia, tj. czy stanowi ono część kompensacji menadżera za pełnioną funkcję, czy tylko dodatek do niego, podmiotem wobec którego formułowane mogą być zarzuty o przykładowo niewywiązywanie się z umowy poprzez niewpłacanie stosownych składek, jest zawsze spółka. Stąd też płynie analogiczny wniosek, iż umowa D&O jest zawsze zawierana kosztem spółki.

Niewątpliwie najbardziej nieostrą przesłanką jest to, czy dana umowa została zawarta jako nieuzasadniona. W niniejszym rozumowaniu wskazane jest odwołać się do stwierdzenia, czy spółka posiada jakikolwiek interes w zawarciu umowy, która

³⁷ R. Szczęsny, *op.cit.*, s. 219–220.

chroni członka zarządu. Brak takiego interesu równoznaczny jest brakiem uzasadnienia dla jej zawarcia, bowiem oznacza to wykorzystanie majątku spółki dla realizacji celów partykularnych interesów menadżera. Zatem oznacza to, iż uzasadniona umowa D&O to taka, która realizuje zarówno interes spółki, jak i menadżera³⁸. Podejście takie prowadzi do następujących konkluzji. W interesie spółki leży pozyskanie odpowiednio wykwalifikowanych menadżerów do prowadzenia jej spraw, zatem traktując umowę D&O jako jeden z podstawowych elementów wynagrodzenia dla kadry zarządzającej, uznać należy, iż przeważnie umowa ta mieści się w interesie spółki. Sytuacja wydaje się być mniej jednoznaczna w przypadku, gdy podmiotem na rzecz którego ma być *de facto* wypłacono odszkodowanie w związku z powstałą szkodą, nie jest spółka (a więc inne podstawy odpowiedzialności, niż np. 293 § 1 k.s.h., a 299 § 1 k.s.h.), a przeważnie wierzyciele spółki lub inne osoby trzecie. W pierwszym wypadku przyjąć należy, iż spółka zawierając umowę D&O na rzecz członka zarządu w istocie chroni samą siebie, co, jak odnotowano w literaturze³⁹, odgrywa znaczącą rolę wtedy, gdy z majątku menadżera nie sposób pokryć powstałej z jego winy szkody, bowiem jej wysokość przerasta go. Spółka zatem, mimo zasądzenia przez sąd stosownego odszkodowania, byłaby stratna, bowiem albo nie uzyskałaby owej kwoty w całości albo jego egzekucja wymagałaby stosownie długiego okresu czasu. Odpowiednia umowa D&O rozwiązuje ten problem, bowiem to właśnie ubezpieczyciel wypłaci spółce dochodzoną kwotę pieniężną⁴⁰. Analogicznie sytuacja wygląda wtedy, gdy członkowie zarządu odpowiadają subsydiarnie za zobowiązania spółki w razie jej niewypłacalności⁴¹. Ponieważ w tych wypadkach ich odpowiedzialność ukształtowana jest w formie niejako zastępczej za spółkę, to umowa D&O także tutaj chroni nie tylko majątek menadżera, ale i samej spółki, bowiem poprzez wypłacenie stosownego ubezpieczenia dochodzi do zaspokojenia roszczenia wierzycieli, a tym samym, spółka zostaje zwolniona z długu, co jest jej korzyścią, a zatem leży w jej interesie. Dzięki temu wzrasta także wiarygodność finansowa spółki w oczach kontrahentów rynkowych⁴². A ponadto w żadnym stopniu umowa D&O nie przyczynia się do wyłączenia odpowiedzialności członka zarządu pomimo jej zawarcia, a w razie zaistnienia określonego wypadku, nadal możliwe jest dochodzenie stosownych roszczeń od niego.

4. Wnioski

Celem odpowiedzi na pytanie, czy umowa ubezpieczenia D&O podpada pod normy tego przepisu, konieczne było zestawienie jej z różnymi liniami wykładniczymi, proponowanymi zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie. Rozważania ukazały, iż nie

³⁸ P. Słufińska, *op.cit.*, s. 114.

³⁹ K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008, s. 214–216.

⁴⁰ S. Sikorski, *op.cit.*, s. 5–6.

⁴¹ Por. 299 § 1 k.s.h. i 116 § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz.U. 1997 nr 137 poz. 926 ze zm.).

⁴² D. Wajda, *op.cit.*, s. 52.

sposób zestawień umowę ubezpieczenia z umową pożyczki, kredytu czy poręczenia na gruncie normatywnym, a i doszukiwanie się podobieństwa w oparciu o wykładnię funkcjonalną nie wskazuje na nie. Biorąc pod uwagę fakt, iż analizowana regulacja stanowi także wyjątek od ogólnych zasad reprezentowania spółek kapitałowych przez zarząd, nie jest wskazane dokonywać jej rozszerzającej wykładni, co byłoby dopuszczalne na gruncie linii wykładni funkcjonalnej. W konsekwencji należy przyjąć, iż umowa D&O nie mieści się w zakresie normy art. 15 § 1 k.s.h., a zatem nie jest wymagane uzyskanie zgody organów właścicielskich na jej zawarcie, chyba że umowa albo statut spółki przewiduje inaczej.

* * *

On Admissibility of Concluding a D&O Liability Insurance for Management Board Member without Corporate Approval in the Light of Art. 15 § 1 Polish Code of Commercial Companies

The purpose of this paper is to determine, whether a D&O liability insurance concluded by the company with an insurer for management board member and without proper corporate approval can be classified as an “other similar contract” in meaning of art. 15 § 1 Polish Code of Commercial Companies. Due to the fact, that such unprecise clause rises several doubts not only in business practice, but also among legal scholars and judiciary it must be fully analyzed. So far, two different lines of interpretation can be distinguished, one based on normative criteria, the other on the function of this provision. In the light of them both the following conclusion are made: D&O liability insurance nor is similar to the loan, credit or surety contract on their own, nor to them altogether. It cannot be also viewed as an “unjustified contract for management board member at company’s expense”, what is an essence of functional interpretation as it was laid out by Polish Supreme Court. Finally, it means that D&O liability insurance cannot be classified as an “other similar contract” in meaning of art. 15 § 1 CCC, therefore it is not required by statutory law to gain a corporate approval for such agreement under pain of nullity.

Key words: Polish corporation, management board member, civil liability, D&O liability insurance, corporate approval

Maksymilian Gurbisz¹

Uregulowanie prokury łącznej niewłaściwej w kodeksie cywilnym i doniosłość konsekwencji prawnych z tym związanych

Streszczenie:

Niniejszy wywód ma na celu analizę zasadności i potrzeby uregulowania instytucji prokury łącznej niewłaściwej w kodeksie cywilnym. Przedmiotem dyskursu jest także ocena skutków prawnych związanych z decyzją prawodawcy, który wprowadził do polskiego porządku prawnego instytucję prokury łącznej niewłaściwej. Ten rodzaj prokury został wbudowany do k.c. przez ustawodawcę w art. 109⁴ § 1¹ k.c. Dodanie przedmiotowego przepisu do k.c. jest skutkiem dość nieoczekiwanej zmiany utrwalonego orzecznictwa SN w tym zakresie, bowiem SN rozstrzygnął, że nie jest możliwe ustanowienie prokury łącznej niewłaściwej.

Słowa kluczowe: prokura łączna, prokura łączna niewłaściwa, pełnomocnictwo, reprezentacja spółki

1. Wstęp

Niniejszy wywód ma na celu analizę zasadności i potrzeby uregulowania instytucji prokury łącznej niewłaściwej w k.c. Przedmiotem dyskursu jest także ocena skutków prawnych związanych z decyzją prawodawcy, który ustawą z 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorcy, wprowadził do polskiego porządku prawnego instytucję prokury łącznej niewłaściwej, zwanej też niekiedy prokurą nieprawidłową. Ten rodzaj prokury został wbudowany do k.c. przez ustawodawcę w art. 109⁴ § 1¹. W doktrynie wyrażane jest stanowisko, w świetle którego

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie i aplikantem radcowskim przy OIRP w Krakowie.

przepis ten rozstrzygnął wątpliwości i spory narosłe wokół przedmiotowej instytucji już w czasach II Rzeczypospolitej. Dodanie przedmiotowego przepisu do k.c. jest skutkiem dość nieoczekiwanej zmiany utrwalonego orzecznictwa SN w tym zakresie, bowiem w zawisłym przed SN zagadnieniem prawnym, przedstawionym przez Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, SN uchwałą w składzie siedmiu sędziów rozstrzygnął, że nie jest możliwy wpis do KRS w rubryce „Prokurenci” jednego prokurenta, z jednoczesnym zastrzeżeniem, że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki².

2. Zasadnicze motywy wprowadzenia do k.c. uregulowania prokury łącznej niewłaściwej

Regulacja związana z możliwością udzielenia prokury łącznej obecnie mieści się w art. 109⁴ § 1 k.c. Zarówno na gruncie wcześniej obowiązującego art. 62 k.h., jak i obecnie obowiązującego przepisu art. 109⁴ § 1 k.c., ustawodawca wprost dopuszcza udzielenie prokury łącznej³. W pewnym uproszczeniu należy wskazać, że regulacje k.h. i k.c. w zakresie prokury łącznej są zbieżne⁴, bowiem przepisy dotyczące tego zagadnienia opierają się na tym, że prokura może być udzielona kilku osobom łącznie lub oddzielnie. Jednakże ani poprzednio obowiązujący przepis art. 62 k.h. dotyczący prokury łącznej, ani art. 109⁴ k.c. w brzmieniu ustalonym przed wyżej wskazaną nowelizacją z 16 grudnia 2016 r., nie wypowiadał się wprost w kwestii ewentualnej dopuszczalności udzielenia prokury łącznej niewłaściwej, tj. milczał na temat możliwości ograniczenia prokurenta w ten sposób, że reprezentacja mocodawcy może być wykonywana tylko łącznie z członkiem organu zarządzającego lub współnikiem uprawnionym do reprezentacji spółki kapitałowej. Od 1 stycznia 2017 r., a więc od momentu wejścia w życie ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorcy, ustawodawca przepisem art. 109⁴ § 1¹ k.c. przesądził, że prokura może obejmować umocowanie także albo wyłącznie do dokonywania czynności wspólnie z członkiem organu zarządzającego lub współnikiem uprawnionym do reprezentowania handlowej spółki osobowej.

W tym miejscu należy wskazać, że co do możliwości udzielenia prokury łącznej niewłaściwej istniał zasadniczy kierunek orzeczniczy dopuszczający możliwość umocowania do działania prokurenta ze wspomnianym ograniczeniem. Trudno jest mówić o przełamaniu linii orzeczniczej SN w przedmiocie prokury łącznej niewłaściwej ze względu na stosunkowo niewielką ilość rozpatrywanych zagadnień prawnych w tym zakresie, jednakże można stwierdzić, jak się wydaje, że doszło do przełamania co najmniej pewnego kierunku orzeczniczego, którego zasadnicze rysy pojawiły się w orzecznictwie przedwojennym. W orzeczeniu SN z 18 lutego 1938 r.⁵ wskazano,

² Uchwała SN z dnia 30.01.2015 r., III CZP 34/14, OSNC 2015/7-8, poz. 80.

³ Por. rozważania dot. prokury na gruncie k.h. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Kraków 1935, s. 124 i nast.

⁴ Szerzej: P. Bielski, *Pełnomocnictwo handlowe (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, PPH 2001, nr 5, *passim*.

⁵ Orzeczenie z dnia 18 lutego 1938 r., C I 170/37, Zb.Urz. 1938, nr 12, poz. 561.

że ówczesnie obowiązujące przepisy k.h. typizujące prokurę łączną, „(...) przewidując przy tzw. prokurze łącznej działanie prokurenta tylko przy współudziale drugiej osoby, bynajmniej nie zabraniają, aby tą drugą osobą był członek zarządu spółki akcyjnej”. Orzeczenie to było pewnym wyznacznikiem ścieżki interpretacyjnej związanej z możliwością udzielania prokury łącznej niewłaściwej, a także wskazówką dla sądów rejestrowych dopuszczającą wpis prokury niewłaściwej w rejestrach handlowych tworzonych na podstawie ówczesnie obowiązujących przepisów⁶.

W kolejno zapadłych orzeczeniach SN, pomimo – jak mogłoby się wydawać – wręcz archaicznych realiów gospodarczych nieprzystających do współczesnej rzeczywistości, powoływał się na orzeczenie z 18 lutego 1938 r., wskazując nie tylko na autorytet składu orzekającego w tym przedmiocie, ale także na zasadniczą zbieżność brzmieniową przepisów wtedy obowiązujących. I tak w uchwale z 27 kwietnia 2001 r.⁷ SN wskazał, że dopuszczalne jest udzielenie prokury jednej osobie z zastrzeżeniem, że może ona działać tylko łącznie z członkiem zarządu spółki lub współnikiem.

W orzeczeniu tym SN wskazał, że prokura łączna niewłaściwa wykracza poza przepisy zdekodowane w k.c., bowiem taki sposób ograniczenia prokurenta w działaniu nie został określony wprost w k.c. ze względu na to, że w k.c. istniały wtedy tylko dwa rodzaje prokury dopuszczone *de lege lata* przez prawodawcę. Jednakże po dokonaniu przez SN wykładni *analogia legis* wskazano na dopuszczalność takiego ukształtowania reprezentacji. Zgodnie z ówczesnie obowiązującym art. 62 k.h.⁸, będącym w istocie regulacją tożsamą z obecnie obowiązującą, SN wskazał na możliwość udzielenia prokury łącznej lub prokury samoistnej. Obok znanych ze wspomnianego przepisu art. 62 k.h. dwóch rodzajów prokury, SN w istocie wyodrębnił trzeci rodzaj prokury, jako prokurę łączną niewłaściwą, której podstawą prawną miało być wyżej wymienione analogiczne stosowanie przepisów o prokurze łącznej. Na marginesie należy wskazać, że prezentowana przez SN koncepcja zasługuje na uwagę ze względu na nawiązanie do niemieckiej nauki prawa, a konkretnie do tzw. mieszanego zastępstwa łącznego (*gemischte Gesamtvertretung*) polegającego na zobowiązaniu prokurenta do działania łącznego ze współnikiem spółki osobowej, zarządcą spółki z o.o., bądź członkiem zarządu spółki akcyjnej⁹. Takie rozwiązanie, dające możliwość reprezentacji łącznej, uzasadnione jest względami praktyki przedsiębiorców, niższymi kosztami związanymi z możliwością udzielenia prokury łącznej, bezpieczeństwem obrotu polegającym na możliwości swoistej kontroli prokurenta przez osobę będącą „najbliższą” spraw przedsiębiorstwa. SN wskazał także, że dopuszczając wpis takiej prokury do rejestru, nie dochodzi do naruszenia przepisu wprowadzającego regułę, wedle której nie można ograniczyć prokury ze skutkiem wobec osób trzecich, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej, bowiem – jak wskazał – powyższa norma ogranicza się jedynie do wprowadzenia zakazu w ograniczeniu przedmiotowym prokurenta, a nie do sposobu reprezentacji.

⁶ Dekret z dnia 7 lutego 1919 r. o rejestrze handlowym (Dz.U. 1919 nr 14 poz. 164).

⁷ Uchwała SN z dnia 27.04.2001 r., III CZP 6/01, OSNC 2001/10/148.

⁸ Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. nr 57 poz. 502 ze zm.).

⁹ Por. L. Moskwa, *Prokura w prawie niemieckim*, Studia Prawnicze 2 (108)/1991, s. 109.

Jak się wydaje, także z uchwały SN z 23 sierpnia 2006 r. można wyprowadzić wniosek o dopuszczalności udzielenia prokury łącznej niewłaściwej. SN stwierdził w niej, że w przypadku ustanowienia pełnomocnika będącego jednocześnie członkiem zarządu do ewentualnej oceny skutków prawnych przy przekroczeniu zakresu lub granic umocowania, zastosowanie powinny znaleźć art. 103–105 k.c.¹⁰ Mając na uwadze, że prokura jest szczególną formą pełnomocnictwa¹¹, powyższe regulacje należałoby zastosować w razie udzielenia prokury osobie będącej jednocześnie członkiem zarządu. Tak więc także i ten judykat podtrzymywał wcześniej wyrażane stanowisko SN w przedmiocie prokury łącznej niewłaściwej.

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 stycznia 2015 r. nie wpisała się w dotychczasowe orzeczenia, a także w poglądy części doktryny, w związku z czym dała asumpt ustawodawcy do wprowadzenia przepisu, który *expressis verbis* zezwalałby na takie ukształtowanie reprezentacji i rozstrzygnął wszelkie wątpliwości w tym zakresie.

Celem niniejszej wypowiedzi jest analiza skutków prawnych związanych z wprowadzeniem przepisu art. 109⁴ § 1¹ k.c. oraz ocena tego, czy ingerencja ustawodawcy w przedmiotowym przypadku była konieczna.

3. Celowość ingerencji ustawodawcy wobec reguł wykładni prawa

W tym miejscu niezbędnym jest przedstawienie, w pewnym zarysie, podstawowych reguł wykładni tekstu prawnego celem należytego rozpoznania problemów, jakie owe metody nastręczają w kontekście możliwości ich zastosowania podczas interpretacji norm wynikających z przepisów o prokurze.

Z punktu widzenia kanonu metod wykładni prawa, w zasadzie nie budzi wątpliwości fakt, że pierwszeństwo ma wykładnia językowa. Każdy inny rodzaj wykładni jest w wielu przypadkach jedynie tłem dla tego wszystkiego, co daje się odczytać literalnie z przepisu prawa. Należy jednak wskazać, że bardzo często potrzeby obrotu gospodarczego nie wytrzymują konfrontacji z wnioskami, które są wyprowadzane z przepisów prawa na podstawie wykładni językowej. Z tego względu Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 czerwca 2000 r. wyprowadził dyrektywy interpretacyjne, jakie winny być brane pod uwagę w procesie interpretacji prawa w demokratycznym państwie prawnym¹². Z ogólnego katalogu norm konstytucyjnych, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, wynika, że w tych wszystkich przypadkach, w których nie istnieje niebezpieczeństwo dwojakiego pojmowania treści normy prawnej wynikającej z danego przepisu, należy stosować tylko i wyłącznie wykładnię językową, bowiem w takich sytuacjach, wobec jasności i precyzji językowego brzmienia przepisu, nie ma potrzeb sięgania po inne

¹⁰ Uchwała SN z dnia 23.08.2006 r., III CZP 68/06, OSNC 2007/6/82.

¹¹ P. Nazaruk, *art. 109 (1) [w:] Kodeks cywilny. Komentarz*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2014. Zob. także rozważania dot. natury pełnomocnictwa: S. Rudnicki, R. Trzaskowski, *art. 98 [w:] Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, LexisNexis 2014.

¹² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 25/99 (Dz.U. 2000 nr 53 poz. 648).

metody wykładni¹³. W przypadku, gdy dany wniosek interpretacyjny jest jednoznaczny, to inne metody wykładni mogą tylko i wyłącznie taki wniosek wspierać, a zatem jedynie potwierdzać wynik uprzednio dokonanej egzegezy tekstu prawnego za pomocą wykładni językowej.

Wszakże należy wskazać, że granice, jakie wynikają z wykładni językowej, nie są absolutne czy też bezwzględne, a prawnik interpretujący tekst w pewnych przypadkach może wyprowadzać wnioski znacznie dalej idące niż określa to granica tekstualna. Te przypadki mogą pojawiać się w momencie, gdy po przeprowadzonej analizie okaże się, że pewne wartości aksjologiczne wynikające z celu i funkcji danej normy dekodowanej z przepisu są na tyle istotne, że przełamują znaczenie semantyczne tekstu prawnego.

W przypadku niniejszego wywodu największe znaczenie, z uwagi na podobieństwo regulacji prokury łącznej i prokury łącznej niewłaściwej, ma tak zwana metoda wykładni *analogia legis*, będąca rodzajem prawniczego wnioskowania *a simile*, czyli rozumowania analogicznego. Nie istnieją w nauce prawa zasadnicze wątpliwości co do tego, iż stosowanie wnioskowania przez analogię jest dopuszczalne celem wypełniania w prawie luk konstrukcyjnych oraz w celu ochrony wolności i praw obywatelskich¹⁴. Jednakże budzi poważne wątpliwości stosowanie tego rodzaju wykładni w tych przypadkach, gdy luka konstrukcyjna nie istnieje albo też nie zachodzi niebezpieczeństwo dla wolności i praw obywatelskich.

Z wyżej wymienionych względów konieczne jest wskazanie, w jakich wypadkach nie można zastosować wnioskowania *per analogiam*. I tak: istnieją bezwzględne zakazy stosowania wykładni *analogia legis* w obszarze prawa karnego na niekorzyść oskarżonego, a także w prawie podatkowym na niekorzyść podatnika oraz zakazy stosowania wykładni *a simile* w kontekście regulacji ustanowionych na zasadzie wyjątku od reguły ogólnej.

Wyrażane są poglądy, które wskazują, że jeżeli pewna instytucja odmiennie jest ufundowana w prawie obcym, a jednocześnie pojawiają się racje optujące za jej zastosowaniem, to możliwe jest istnienie w prawie krajowym tak zwanej konstrukcyjnej luki prawnej, a taką lukę konstrukcyjną należy wtedy wypełnić poprzez zastosowanie analogii, w szczególności w sytuacji, gdy oba te systemy są do siebie systemami zbliżonymi¹⁵.

Jak wyżej wskazano, stosowanie wykładni innej niż językowa, w tym wykładni *analogii legis*, winno być uzasadniane względami funkcjonalnymi i celowościowymi, a to, czy one istniały w przypadku braku uregulowania prokury łącznej niewłaściwej w uprzednio obowiązującym stanie prawnym, zostanie rozważone poniżej.

Wydaje się, że orzeczenie z 30 stycznia 2015 r., które spotkało się – w ocenie autora niniejszego tekstu – ze słuszną krytyką¹⁶, powinno skutkować natychmiastową reakcją ustawodawcy ze względu na charakter i rolę orzecznictwa SN w polskim systemie prawnym. Pozycja i rola SN określona jest w sposób ogólny w art. 1 ust. 1 ustawy z dnia

¹³ Por. T. Spyra, *Granice wykładni prawa*, Kraków 2006, s. 160.

¹⁴ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 224–225.

¹⁵ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 220.

¹⁶ Por. M. Romanowski, *Prokura niewłaściwa jednak właściwa*, Rzeczposp. PCD 2016, nr 2, *passim*; W. Jurcewicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 stycznia 2015 r., III CZP 34/14*, Glosa 2015, nr 4, s. 17–30.

23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, który wskazuje kompetencje SN w zakresie sprawowania nadzoru i zapewniania zgodności z prawem oraz jednolitości orzecznictwa sądów powszechnych, a także podejmowania uchwał rozstrzygających zagadnienia prawne. Należy bowiem stwierdzić, że mimo dość nieoczekiwanego i kontrowersyjnego rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia prawnego przez uchwałę z 30 stycznia 2015 r., nie skutkuje ona automatyczną nieważnością udzielonych dotychczas prokur ani też nieważnością ewentualnych ustanowionych prokur niewłaściwych w przyszłości, bowiem polski system prawny nie ma charakteru precedensowego, w związku z czym sądy niższych instancji nie są tym orzeczeniem związane, a orzeczenie SN wiąże tylko w danej sprawie. Ponadto siedmioosobowy skład rozstrzygający to zagadnienie nie zdecydował się nadać przedmiotowej uchwale rangi zasady prawnej, a więc przy ewentualnym kolejnym rozpatrywaniu tego zagadnienia będzie możliwe wydanie odmiennego rozstrzygnięcia. Jakkolwiek na marginesie należy wskazać, że nawet gdyby SN zdecydował się nadać moc zasady prawnej tej uchwale, to i tak byłby władny odstąpić od takiej uchwały, chociaż jest to obwarowane szeregiem zastrzeżeń formalnych wynikających z art. 62 ustawy o Sądzie Najwyższym¹⁷. W związku z powyższym ani sądy niższych instancji, ani SN w kolejnej sprawie przed tym sądem tym rozstrzygnięciem nie będą już związane. Biorąc to pod uwagę, należy zastanowić się, czy ustawodawca nie postąpił zbyt pochopnie, decydując się na wprowadzenie regulacji, wyrażającej *explicite* możliwość udzielenia prokury w ten sposób, że prokura może obejmować umocowanie także albo wyłącznie do dokonywania czynności wspólnie z członkiem organu zarządzającego lub współnikiem uprawnionym do reprezentowania handlowej spółki osobowej.

Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że nowelizacja wprowadzająca art. 109⁴ § 1¹ k.c. nie byłaby niezbędna, gdyby nie zajęte przez SN stanowisko w uchwale z 30 stycznia 2015 r., bowiem zdaniem tych autorów regulacja dotycząca prokury była zupełna i nie zawierała luk normatywnych¹⁸. Na zasadzie wypracowanych przez doktrynę technik wykładni prawa można było z obowiązujących regulacji wyprowadzić dopuszczalność udzielenia takiej prokury, co manifestowało się przez blisko 100 lat w jednolitym kierunku orzecznictwym SN.

Nie można jednak bronić tezy, że dodanie omawianego przepisu nie było konieczne. Pomimo powyższego zwięzłego wskazania, że rola SN nie skutkuje *hic et nunc* nieważnością czynności prawnych dokonanych z udziałem prokurentów ustanowionych wbrew wykładni wyrażonej 30 stycznia 2015 r., bowiem do wzruszenia orzeczeń rejestrowych konieczne byłoby wzruszenie postępowań dotyczących czynności prawnych z niewłaściwie umocowanymi do działania prokurentami w myśl obowiązujących przepisów procedury cywilnej. W tym miejscu nie jest możliwe przeanalizowanie całego postępowania w tym zakresie, jakkolwiek należy wskazać, że ewentualne kwestionowanie czynności z udziałem wadliwie umocowanych prokurentów byłoby możliwe tylko od chwili podjęcia przedmiotowej uchwały. Wniosek taki wynika ze stanowiska SN

¹⁷ Ustawa z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. 2013 poz. 499 ze zm.).

¹⁸ A. Opalski, R. Pabis, A.W. Wiśniewski, *Regulacja prokury łącznej mieszanej w kodeksie cywilnym*, PPH 3/2017, s. 16.

w tym zakresie, według którego skutki tego orzeczenia wywołują tylko konsekwencje na przyszłość. SN bowiem wprost stwierdza, że podjęta uchwała obowiązuje *pro futuro* dopiero od chwili jej podjęcia. Taka interpretacja wskazuje na dużą świadomość składu orzekającego w zakresie dokonanych czynności przez prokurentów niewłaściwych w obrocie gospodarczym i niecelowe byłoby ich kwestionowanie. W związku z powyższym SN niejako sanuje czynności dokonane przez prokurentów umocowanych z omawianym ograniczeniem, a zastosowana wykładnia stanowi pewien gest w kierunku praktyki obrotu gospodarczego¹⁹. Niektórzy autorzy uważają także, że nie jest jasne, czy stosowanie wykładni zawartej w przedmiotowej uchwale należy odnosić do czynności prawnych z udziałem prokurentów, czy też do wpisów prokury do KRS²⁰.

Sentencja zawarta w uchwale SN przesądza, że „niedopuszczalny jest wpis jednego prokurenta do KRS z zastrzeżeniem, że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu”. W związku z tym, że w regułach wykładni prawa wypracowanych przez doktrynę pierwszeństwo ma wykładnia językowa, to jej interpretacja zdaje się wskazywać, że brak jest zasadniczych podstaw do wykreślenia prokur wpisanych do rejestru przed dniem wejścia w życie uchwały, bowiem niedopuszczalny jest tylko i wyłącznie wpis po tym dniu²¹. Jednak pomimo to, że uchwała nie ma mocy zasady prawnej i przywołanego poglądu dotyczącego braku podstaw do wykreślenia prokur, zdaniem autora niniejszego artykułu, należy stanąć na stanowisku, według którego autorytet SN i jego pozycja w polskim systemie prawa nie pozwoliły, od dnia wejścia w życie uchwały do dnia dodania przepisu art. 109⁴ § 1¹ k.c. ustanawiającego prokurę, podjąć „ryzyka” gospodarczego związanego z utrzymaniem *status quo*, a więc z pozostawieniem w KRS tak umocowanych prokurentów. W związku z powyższym należy uznać, że pomimo braku luki normatywnej w dotychczasowej regulacji, z powodu zapadłego orzeczenia, konieczna była interwencja ustawodawcy w tym zakresie.

4. Uregulowanie prokury niewłaściwej w k.c. a możliwość ustanowienia członka zarządu prokurentem

Z punktu widzenia poprzednio obowiązującej regulacji prokury łącznej zamieszczonej w k.c., dogmatyczno-prawna analiza przepisów ówczesnie obowiązujących wskazywała na to, że prokura może być ustanowiona jedynie w trzech wariantach, tj. prokury pojedynczej, prokury łącznej i prokury oddziałowej.

Powyższy argument popierany był treścią przepisów k.c. wobec wyczerpującego jej uregulowania i tak zwanego *numerus clausus* czynności jednostronnych. W związku z tym, że prokura może być uznana za jednostronną czynność prawną, a art. 58 k.c. jednoznacznie wskazuje, że taka czynność może być dokonana jedynie wtedy, gdy norma ustawowa na nią zezwala, to pojawiały się bardzo poważne problemy odnośnie tego, czy ograniczenie wyprowadzone z art. 58 k.c. ma zastosowanie w odniesieniu do ustanowienia prokury łącznej niewłaściwej.

¹⁹ W. Jurcewicz, *Glosa do uchwały SN z dnia 30 stycznia 2015 r., III CZP 34/14*, Glosa 2015, nr 4, s. 29.

²⁰ Por. P. Kędziński, *Prokura łączna „mieszana” – glosa – III CZP 34/14*, MOP 2016, nr 5, s. 272 i nast.

²¹ *Ibidem*, s. 272 i nast.

Z powyższego powodu wynikały także wątpliwości dotyczące nie tylko tego, czy dopuszczalne jest ustanowienie prokury łącznej niewłaściwej, ale także rodziło to zastrzeżenia odnośnie tego, czy możliwe jest ustanowienie członka organu zarządzającego prokurentem. Wobec nowelizacji przedmiotowych przepisów nie tylko rozstrzygnięto wprost możliwość ustanowienia prokury łącznej niewłaściwej, ale także możliwości ustanowienia członka zarządu prokurentem, o czym będzie mowa poniżej.

Wraz z wprowadzeniem regulacji do k.c. statuującej wprost dopuszczalność udzielenia prokury niewłaściwej i – co do zasady – rozstrzygnięcie dodanym przepisem art. 109⁴ § 1¹ k.c. wątpliwości w zakresie związanym z możliwością jej udzielenia, pojawia się pytanie o ewentualną dopuszczalność ustanowienia prokurentem członka zarządu. Przeciwnicy dopuszczalności ustanowienia prokurentem członka zarządu wskazują na odmienne funkcje zarządcy i prokurenta, a także na ryzyko braku odróżnienia tego, w jakim reżimie prawnym miałby odpowiadać prokurent będący jednocześnie członkiem zarządu – czy jako członek organu, czy jako pełnomocnik. Zwolennicy dopuszczenia możliwości ustanowienia członka zarządu prokurentem wskazują, że argument z ryzyka braku możliwości określenia reżimu odpowiedzialności tak działającego reprezentanta upada w przypadku ujawnienia kontrahentowi, w jakim charakterze działa umocowany – czy jako członek organu, czy jako prokurent.

W niniejszym wywodzie nie ma miejsca na szerszą analizę argumentów dostarczanych przez naukę prawa, jednak wydaje się, że dodanie powyższego przepisu do k.c. nie wprost stało się pewną dyrektywą interpretacyjną dotyczącą tego problemu. Komentowany przepis wprowadzający możliwość reprezentacji mieszanej dopuścił ją w zakresie najszerszym z możliwych, tj. dopuścił możliwość udzielenia prokury łącznej upoważniającej tylko do działania z innym prokurentem lub możliwość udzielenia prokury łącznej, upoważniającej do działania z innym prokurentem oraz dodatkowo z członkiem organu zarządzającego lub współnikiem osobowej spółki handlowej, albo też możliwość udzielenia prokury niewłaściwej, która upoważnia tylko do działania z członkiem organu zarządzającego lub współnikiem osobowej spółki handlowej²². Uregulowanie prokury łącznej niewłaściwej w k.c. – jak się wydaje – rozstrzygnęło spór w doktrynie co do tego, czy możliwe jest ustanowienie członka zarządu prokurentem ze względu na wprowadzenie do k.c. najszerzej wariantowo możliwej reprezentacji mieszanej; a zatem ze względu na cel gospodarczy, jaki zawiera w sobie taki model reprezentacji, brak jest podstaw do wyprowadzania z obowiązujących przepisów zakazu bycia jednocześnie prokurentem i członkiem zarządu.

5. Dodanie art. 109⁴ § 1¹ k.c. a konwalidacja prokur udzielonych przed dniem jego wejścia w życie

Przedmiotem niniejszej analizy jest także ocena skutków prawnych dotyczących wadliwie udzielonych prokur przed dniem wejścia w życie art. 109⁴ § 1¹ k.c. Wobec braku przepisów intertemporalnych związanych z wprowadzeniem tej regulacji, rodzi

²² A. Opalski, R. Pabis, A.W. Wiśniewski, *op.cit.*, s. 16.

się zasadnicza wątpliwość co do tego, czy wprowadzony przepis konwaliduje prokury udzielone po dniu zapadłej uchwały z 30 stycznia 2015 r., a przed dniem wejścia w życie art. 109⁴ § 1¹ k.c. Na tak postawione pytanie – jak się wydaje – nie można odpowiedzieć przecząco, bowiem wcześniej nie istniał normatywny zakaz ich udzielania²³. Co więcej, jak wyżej wskazano, nie jest jasne, co tak naprawdę wynika z orzeczenia SN negującego dopuszczalność udzielenia prokury niewłaściwej.

Należy stanąć na stanowisku, według którego wiążąca dla sądów rejestrowych jest sentencja, a uzasadnienie ma znaczenie drugorzędne w stosunku do wyrzeczenia. Z sentencji zaś wynika, jak wyżej wskazano, że „niedopuszczalny jest wpis jednego prokurenta do KRS z zastrzeżeniem, że może on działać tylko łącznie z członkiem zarządu”. Wprawdzie SN w uzasadnieniu wskazuje także, że „wpisy w Krajowym Rejestrze Sądowym prokury jednoosobowej określanej jako prokura łączna z członkiem zarządu powinny zostać wykreślone. Podstawę ich wykreślenia stanowi art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym”, ale stanowisko to nie jest przekonujące. Powoływany przez SN przepis stanowi, że „jeżeli w Rejestrze są zamieszczone dane niedopuszczalne ze względu na obowiązujące przepisy prawa, sąd rejestrowy, po wysłuchaniu zainteresowanych osób na posiedzeniu lub po wezwaniu do złożenia oświadczenia pisemnego, wykreśla je z urzędu”. Jednakże trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób miałyby być to przez sąd rejestrowy wykonane, bowiem przepis ten mówi jedynie o niedopuszczalności danych, a nie niedopuszczalności samego wpisu prokury. Nie można stanąć na stanowisku, że to wpis jest niedopuszczalny, a należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest samo „dopisanie” do wpisu zastrzeżenia ograniczającego prokurenta. Powyższe wiązałoby się z koniecznością nie tyle wykreślenia wpisu, co jego zmiany, a jak wskazuje część doktryny wydaje się to niedopuszczalne²⁴.

W związku z powyższym należy stanąć na stanowisku, że wobec braku przepisów intertemporalnych, należałoby zastosować wykładnię celowościową i stwierdzić, że skoro orzeczenia SN nie mają charakteru powszechnie obowiązującego precedensu, a nie istniała jednocześnie normatywna luka prawna, to należy założyć, że przed wejściem w życie tego przepisu, pomimo uchwały z 30 stycznia 2015 r., udzielenie prokury łącznej niewłaściwej było dopuszczalne, a więc pośrednio niniejszy przepis konwaliduje udzielone prokury, bowiem jest nie tylko wskazówką interpretacyjną dla sądów rejestrowych, ale także powtórzeniem ukrytego unormowania z art. 109⁴ § 1 k.c., w którym mieści się dopuszczalność udzielenia prokury łącznej niewłaściwej.

Także argument o wykreśleniu danych z rejestru na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym jest bezzasadny, bowiem po pierwsze, jak wyżej podniesiono, nie jest możliwa modyfikacja wpisu w takim zakresie, a ponadto dodany przepis z art. 109⁴ § 1¹ k.c. wskazuje, że dane takie nie są niedopuszczalne. Wydaje się, że art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym ma na celu wykreślanie z urzędu z KRS danych niezgodnych z obecnie obowiązującymi przepisami prawa, a nie poprzednio obowiązującymi przepisami prawa. Rozumując *a contrario*,

²³ Inaczej: T. Szczurowski, *Dopuszczalność prokury łącznej niewłaściwej*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 3/2017, s. 28–32.

²⁴ Por. P. Kędzierski, *op.cit.*, s. 272 i nast.

sąd rejestrowy, wykreślając taką prokurę z rejestru, dokonałby wykreślenia danych zgodnych z prawem, co z punktu widzenia wykładni funkcjonalnej i celowościowego spojrzenia na potrzeby bezpieczeństwa obrotu gospodarczego nie wydaje się zasadne, bowiem nie istnieje żadne związane z tym ryzyko dla osoby trzeciej w przypadku przyjęcia, że ewentualna dopuszczalność takiego ograniczenia wywołuje tylko i wyłącznie skutki wewnętrzne, a nie skutki wobec osób trzecich. Takie rozumienie przepisu o zakazie ograniczenia prokury ze skutkiem wobec osób trzecich pozwala polemizować z argumentem SN w uzasadnieniu uchwały z 30 stycznia 2015 r. dotyczącym ryzyka niepewności obrotu gospodarczego w przypadku ograniczenia prokurenta w działaniu przez członka zarządu.

6. Wnioski końcowe

Podsumowując powyższe rozważania należy dojść do wniosku, że wobec zmiany kierunku orzeczniczego poprzez uchwałę SN z 30 stycznia 2015 r., ingerencja ustawodawcy polegająca na dodaniu do k.c. przepisu art. 109⁴ § 1¹ k.c. nie tylko była celowa, ale wręcz niezbędna ze względu na fakt, że istniałaby duża niepewność w obrocie gospodarczym prowadząca w konsekwencji do ewentualnej nieważności czynności prawnych dokonanych z wadliwie umocowanym do działania prokurentem. Należy także zaznaczyć, że dodanie przepisu art. 109⁴ § 1¹ k.c., przy zastosowaniu jego wykładni funkcjonalnej, konwaliduje udzielone prokury, bowiem jest nie tylko wskazówką interpretacyjną dla sądów rejestrowych, ale także powtórzeniem ukrytego unormowania z art. 109⁴ § 1 k.c., w którym mieści się dopuszczalność udzielenia prokury łącznej niewłaściwej. W przypadku przyjęcia odwrotnego rozumowania konieczne byłoby wykreślenie przepisów zgodnych z obowiązującym prawem, co z oczywistych względów nie jest pożądane i przeczy wykładni funkcjonalnej art. 12 ust. 3 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym. Uregulowanie prokury łącznej niewłaściwej w k.c., jak się wydaje, rozstrzygnęło spór w doktrynie co do tego, czy możliwe jest ustanowienie członka zarządu prokurentem ze względu na wprowadzenie do k.c. najszerzej wariantowo możliwej reprezentacji mieszanej; a zatem ze względu na cel gospodarczy, jaki zawiera w sobie taki model reprezentacji, brak jest podstaw do wyprowadzania z obowiązujących przepisów zakazu bycia jednocześnie prokurentem i członkiem zarządu.

* * *

The Regulation of the Irregular Commercial Power of Attorney in the Polish Civil Code and the Importance of Legal Consequences Connected with that Regulation

The purpose of this thesis is to analyze the validity and the necessity of added provision to the civil code connected with an irregular commercial power of attorney. Another purpose of this thesis is to assess legal effects of the legislator's decision who passed the institution of an irregular commercial power of attorney to the civil code. This kind of a commercial power

of attorney was implemented in art. 109 4 §11 of the civil code. The main reason of adding the new provision in art. 109 4 §11 was the controversial sentence of The Supreme Court stated that there is no possibility of establishing the sole power of representation whose holder is authorized to represent the company, though not alone, but jointly with a member of the management board.

Key words: a joint commercial power of attorney, an irregular commercial power of attorney, proxy, representation of the company

Iwo Jarosz¹

Konstrukcja prawna wniesienia do spółki osobowej wkładu niepieniężnego ze szczególnym uwzględnieniem nieruchomości

Streszczenie:

Artykuł odnosi się do kwestii wniesienia wkładu niepieniężnego w spółkach osobowych, w przypadku których, jako podmiotów posiadających podmiotowość prawną, lecz nie-wyposażonych w osobowość prawną, a także w odniesieniu do których ustawodawca nie przewidział konstrukcji spółki w organizacji, zagadnienie to jest wybitnie kontrowersyjne. Problemowe jest w tej mierze wyjaśnienie mechanizmu przeniesienia prawa do wkładu do majątku spółki w sytuacji, w której aż do chwili rejestracji spółka taka nie istnieje. Nadto, gdy wkładem niepieniężnym ma być nieruchomość lub prawo użytkowania wieczystego, aktualizuje się wynikająca z art. 157 k.c. kwestia niedopuszczalności przenoszenia tych praw pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Artykuł omawia krytycznie najdonioślejsze koncepcje wysuwane w przedmiotowej do tej pory przez naukę prawa oraz nieliczne orzecznictwo. Autor zmierza także do zaprezentowania własnej koncepcji mechanizmu wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej, która łączyłaby zalety koncepcji dotychczasowych, oraz wytrzymywała także konfrontację z wymogami art. 157 k.c.

Słowa kluczowe: wkład, wkład niepieniężny, aport, nieruchomości, spółki osobowe

1.1. Wstęp

Nieodmiennie kontrowersyjnym w polskiej doktrynie prawa spółek handlowych jest zagadnienie wniesienia wkładu niepieniężnego w spółkach osobowych. Tę doniosłą

¹ Urodzony w 1991 r. w Krakowie, absolwent (2015) prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Od 2016 r. aplikant adwokacki przy Okręgowej Izbie Adwokackiej w Krakowie.

z punktu widzenia praktycznych potrzeb obrotu prawnego kwestię przedstawiciele nauki prawa próbują wyjaśnić formułując bardzo zróżnicowane stanowiska (które zostaną przedstawione w dalszej części artykułu). Wynika to, jak się wydaje, z pewnych niedostatków obecnej regulacji Kodeksu spółek handlowych², który w odniesieniu do spółek osobowych, podobnie jak Kodeks handlowy³ w odniesieniu do spółek kapitałowych, nie przewiduje żadnej formuły pozwalającej wyjaśnić ewentualne nabywanie praw majątkowych przez spółkę, która jeszcze nie powstała (nie została wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS) w okresie po zawarciu umowy spółki (a więc już po powstaniu zobowiązań do wniesienia wkładów). Dodatkową komplikacją w przypadku, gdy przedmiotem wkładu jest nieruchomości (prawo własności) lub prawo użytkowania wieczystego, jest rozdzwiek pomiędzy koniecznością odroczenia ich nabycia do chwili, gdy w ogóle powstaje podmiot zdolny je nabyć, a niedopuszczalnością przenoszenia tych praw pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu.

1.2. Kwestie problemowe

W szerokim zagadnieniu wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej wyróżnić można dwie zasadnicze kwestie problemowe. Pierwsza związana jest z odpowiedzią na pytanie, na czym polega mechanizm przeniesienia prawa do wkładu do majątku spółki? Trudność polega tutaj na tym, że w momencie zawierania umowy spółka osobowa jeszcze nie istnieje – nie powstaje także z chwilą zawarcia umowy, lecz dopiero z momentem dokonania wpisu do rejestru (art. 25¹ § 1, art. 94, art. 109 § 1, art. 134 § 1 k.s.h.). Rodzi to trudności interpretacyjne zwłaszcza w odniesieniu do praw, które nie mogą być przenoszone pod warunkiem ani z zastrzeżeniem terminu – prawa własności nieruchomości, czy prawa użytkowania wieczystego (art. 157 k.c. oraz art. 157 k.c. w zw. z art. 237 k.c.).

Druga kwestia związana jest z wymogami co do formy czynności prawnych przenoszących prawa do nieruchomości. Przewidziane przez k.s.h. formy umów odpowiednich typów spółek osobowych nie mogą bowiem niwelować znaczenia przepisów przewidujących wymóg określonej dla skuteczności rozporządzenia lub zobowiązania do rozporządzenia określonym prawem. Jest to istotne w przypadku spółki jawnej i spółki partnerskiej, dla których ustawa przepisuje, pod rygorem nieważności, wymóg zwykłej formy pisemnej (odpowiednio art. 23 k.s.h. dla spółki jawnej oraz art. 92 k.s.h. co do spółki partnerskiej). W przypadku zaś spółki komandytowej oraz komandytowo-akcyjnej wymóg formy aktu notarialnego (odpowiednio: art. 106 k.s.h. w zakresie umowy spółki komandytowej oraz art. 131 k.s.h. wraz z art. 313 § 1 w zw. z art. 126 § 1 pkt. 2 k.s.h. w przypadku statutu oraz oświadczeń o zawiązaniu spółki komandytowo-akcyjnej) powoduje, że każda ważna i zawarta w odpowiedniej formie umowa tych spółek zawsze spełniać będzie wymogi co do formy przewidziane dla przeniesienia wyżej wskazanych praw majątkowych. Przyjmuje się bowiem, że w wypadku

² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. (t.j.: Dz.U. 2016 poz. 1578), dalej jako: k.s.h.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks handlowy (Dz.U. 1934 nr 57 poz. 502 ze zm.), dalej jako: k.h.

dokonania czynności w formie „surowszej” od przewidzianej w danym przepisie, zachowane są jego wymogi, a skutek tego – czynność jest ważna⁴.

W ślad za wyżej wskazanymi kwestiami pojawiają się wątpliwości, czy spółka nabywa wkłady automatycznie w momencie jej rejestracji w KRS, czy konieczne jest zawarcie dodatkowej umowy rozporządzającej pomiędzy spółką a wspólnikiem? Na tle tej wątpliwości powstaje kolejna: czy w razie przyjęcia, że przeniesienie następuje automatycznie wraz z rejestracją w KRS, zasada ta dotyczyć będzie także tych praw, które dla skutecznego przeniesienia wymagają szczególnej formy? Kolejnym problemem jest to, komu przysługuje uprawnienie do spełnienia (bycia adresatem) i, co za tym idzie, do żądania spełnienia przez wspólnika świadczenia: spółce, wspólnikom, czy może zarówno spółce, jak i wspólnikom? Wreszcie istnieje także wątpliwość, jakie podmioty mogą w drodze czynności prawnych doprowadzić do modyfikacji treści obowiązku określonego w umowie spółki, w tym: zwolnić wspólnika z obowiązku świadczenia. Odpowiedź na te pytania zależy od przyjętej koncepcji

Generalnie rzecz ujmując, wniesienie wkładu w postaci prawa majątkowego składa się w istocie z dwóch faz⁵. Pierwszą jest ta polegająca na przeniesieniu odpowiedniego prawa majątkowego na spółkę. Druga polega na udostępnieniu przedmiotu wkładu spółce, umożliwieniu spółce dysponowania nim. Chodzić tutaj będzie nie tylko o przeniesienie posiadania, dopuszczenie spółki do korzystania, ale także o wydanie np. dokumentów czy udzielenie informacji dotyczących wnoszonej tytułem wkładu rzeczy (art. 49 k.s.h. w zw. z art. 546 k.c.). Kwestia ta nie rodzi aż takich trudności teoretycznych i praktycznych jak te wymienione wyżej – w razie bowiem uznania, że doszło do przeniesienia prawa do wkładu na rzecz spółki, umożliwienie spółce dysponowania nim będzie najczęściej podlegało zasadom ogólnym (a w przypadku przepisów dyspozytywnych, tak jak np. przepisów o sprzedaży regulujących przejście ryzyka⁶ – być może także ustaleniom stron). Tylko dla porządku terminologicznego należy stwierdzić, że w dalszej części niniejszego tekstu, ilekroć będzie mowa o wniesieniu wkładu, chodzić będzie o węższe rozumienie tego pojęcia, odnoszące się do przeniesienia prawa majątkowego na spółkę. Problematyka udostępnienia wkładu spółce (np. wydania posiadania) pozostaje poza zakresem niniejszego artykułu.

Niestety, pomimo, jak się wydaje, niepośledniego znaczenia wskazanych kwestii, nader rzadkie są wypowiedzi orzecznictwa na ten temat. Niedawnym wyjątkiem jest tutaj postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2015 r., wydane w sprawie o sygn. akt: II CSK 85/14, a także postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2015 r., sygn. akt: II CSK 723/14.

⁴ Tak A. Brzozowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 1. Komentarz do art. 1-449*¹⁰, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2011, s. 420. Przykładowo zawarcie umowy zbycia przedsiębiorstwa w formie aktu notarialnego spełni przewidziane w art. 75¹ k.c. wymaganie zachowania formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi.

⁵ A. Szumański, *Wkłady niepieniężne do spółek kapitałowych*, Warszawa 1997, s. 225-230. Wprawdzie cytowany pogląd został wypowiedziany na gruncie spółek kapitałowych i to pod rządami kodeksu handlowego, to jednak zachowuje on aktualność także i w odniesieniu do spółek osobowych pod rządami kodeksu spółek handlowych.

⁶ Przepisy te znajdują zastosowanie do wniesienia wkładu niepieniężnego na podstawie art. 49 § 1 k.s.h.

2.1. Koncepcje konstrukcji wniesienia wkładu do spółki osobowej

Zarzewiem wskazanych wyżej trudności interpretacyjnych jest treść przepisu art. 48 § 3 k.s.h., który stanowi, że prawa, które wspólnik zobowiązuje się wnieść do spółki, uważa się za przeniesione na spółkę. Przyjmuje się, że przepis ten odnosi się do wszystkich wkładów, które wspólnik może zobowiązać się wnieść do spółki, także tych nabywanych konstytutywnie⁷. Wydaje się, że przepis ten ustanawia regułę interpretacyjną, zgodnie z którą w razie wątpliwości należy przyjąć, że przedmiot wkładu jest nabywany przez spółkę, a nie tylko udostępniany jej do korzystania⁸. Niekiedy⁹ upatruje się w omawianym przepisie potwierdzenia zasady podwójnego skutku umów zobowiązujących do przeniesienia własności, jednak stanowisku temu postawić można poważny zarzut, wskazując, że przepis art. 48 § 3 k.s.h. nie uwzględnia wyjątków od zasady podwójnego skutku wynikających z innych przepisów na zasadach ogólnych. Przyjęcie, że z omawianego przepisu wynikałaby zasada podwójnego skutku, w braku uregulowania w nim stosownych wyjątków, musiałoby prowadzić do wniosku, że spółka miałaby np. stać się właścicielem rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, pomimo że wspólnik nie przystąpił jeszcze do przeniesienia ich posiadania lub nawet ich jeszcze nie nabył, co stałoby w sprzeczności z treścią art. 155 § 2 k.c.¹⁰ W efekcie należy stwierdzić, że omawiany przepis stanowi regułę interpretacyjną, a obok tej funkcji co najwyżej potwierdza, na obszarze prawa spółek, zasadę podwójnego skutku¹¹. Przekonuje wniosek, że reżim wnoszenia wkładów niepieniężnych w Kodeksie spółek handlowych nie jest kompletny i wymaga sięgnięcia do przepisów odpowiedzialnych za przenoszenie konkretnego prawa, np. art. 155 i nast. k.c. w zakresie przeniesienia własności, czy też art. 509 i nast. k.c. co do przelewu wierzytelności¹². To z tych przepisów może zatem wynikać np. odroczony moment wystąpienia skutku rzeczowego albo konieczność dopełnienia różnych, dodatkowych formalności¹³.

Jeśli chodzi o moment wystąpienia skutku rozporządzającego (moment przejścia prawa wnoszonego tytułem wkładu na powstającą spółkę), to mimo że co do zasady, na podstawie choćby przepisów dotyczących przeniesienia własności (art. 155 i nast. k.c.),

⁷ K. Kopaczynska-Pieczniak, *Pozycja prawna wspólnika spółki jawnej*, Warszawa 2012, s. 322.

⁸ Tak np. S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, R. Gawalkiewicz, A. Herbet, I.B. Mika, M. Tarska, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, tom I, Warszawa 2012, s. 513; W. Pyziół [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, J. Frąckowiak, A. Kidyba, W. Popiołek, W. Pyziół (red.), A. Witosz, Warszawa 2008, s. 115.

⁹ Tak np.: B. Borowy [w:] *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, T. Bieniek, K. Bilewska, B. Borowy, M. Chomiuk, D. Czura-Kalinowska, A. Gierat, Z. Jara (red.), A. Krysiak, D. Kupryjańczyk, R. Marchaj, I.B. Mika, R. Pabis, U. Roge, R. Siwik, K. Skrodzki, M.J. Skrodzka, M. Stanik, T. Szczurowski, S. Zarębińska, Warszawa 2014, s. 214; M. Litwińska-Werner, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 270.

¹⁰ T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] *Kodeks*, red. Siemiątkowski, Potrzeszcz, t. I, 2010, s. 344; K. Wręczycka, *Wniesienie...*, s. 112, uznaje koncepcję, że art. 48 § 3 k.s.h. miałby regulować zasadę podwójnego skutku za mylną.

¹¹ W. Pyziół, *op.cit.*, s. 116.

¹² Siemiątkowski, R. Potrzeszcz [w:] *Kodeks*, red. Siemiątkowski, Potrzeszcz, t. I, 2010, s. 344.

¹³ *Ibidem*.

skutek ten ma miejsce z chwilą zawarcia stosownej umowy, o ile nie wyłączony został jej skutek rozporządzający (a przecież, zgodnie z art. 48 § 3 k.s.h., zasadą w spółkach osobowych będzie występowanie podwójnego skutku), to jednak wszystkie spółki osobowe powstają dopiero z chwilą wpisu do rejestru (art. 25¹ § 1, art. 94, art. 109 § 1 oraz art. 134 § 1 k.s.h.). Wobec tego przyjęcie, że skutek rozporządzający następuje z chwilą zawarcia umowy spółki, wymagałoby odwołania się do koncepcji spółki osobowej w stadium organizacji. Jest to jedna z koncepcji, które zostaną omówione poniżej. Oprócz tego istnieją także koncepcje zakładające, że wystąpienie skutku rozporządzającego ma miejsce wraz z powstaniem spółki i także od tej chwili są wymagalne. Problem taki nie istnieje przy dokonywaniu zmian umowy spółki, w tym w razie przystępowania do niej nowego wspólnika. Wówczas oczywiście spółka już istnieje i nie ma wątpliwości, że może w dowolnym momencie nabyć prawa majątkowe.

Rozstrzygnięcie wskazanych wyżej wątpliwości wymaga zrekapitulowania występujących w doktrynie poglądów w przedmiocie konstrukcji wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej. Zestawienia poglądów polskiej doktryny w przedmiotowej kwestii dokonał W. Górecki¹⁴. Stan prawny panujący obecnie w zakresie spółek osobowych odpowiada bliźniaczo regulacji spółek kapitałowych pod rządami Kodeksu handlowego. Pomiędzy art. 25¹ k.s.h., art. 109 k.s.h., art. 134 k.s.h. a art. 171 k.h. oraz art. 335 k.h. zachodzi praktycznie pełne podobieństwo. Wyraża się ono w tym, że obecnie spółki osobowe, podobnie jak wówczas – kapitałowe, uzyskują zdolność prawną w momencie rejestracji. Umożliwia to skorzystanie z dorobku doktryny i orzecznictwa narosłego w kwestii wnoszenia wkładów niepieniężnych pod rządami Kodeksu handlowego¹⁵.

Zgodzić się trzeba z tezą, że na gruncie regulacji spółek osobowych możliwe jest sporządzenie jednolitego, uniwersalnego dla wszystkich rodzajów tych spółek modelu prawnego wniesienia wkładu¹⁶. Do każdej z tych spółek znajduje bowiem zastosowanie (wprost albo odpowiednio) art. 48 § 2 i 3 k.s.h. Nadto, w braku konkretnych przepisów stanowiących odmiennie, sytuacja każdej z tych spółek w okresie między zawarciem umowy spółki a jej rejestracją przedstawia się tak samo¹⁷. Będzie tak nawet w przypadku spółki komandytowo-akcyjnej, gdzie w zakresie wkładów akcjonariuszy ustawodawca odsyła odpowiednio do przepisów o spółce akcyjnej (art. 126 § 1 pkt 2 k.s.h.). Także bowiem i spółka komandytowo-akcyjna, w świetle jasnych przepisów k.s.h., nie istnieje jako podmiot przed jej wpisem do rejestru (art. 134 § 1 k.s.h.).

W doktrynie występują zasadnicze cztery koncepcje lub raczej grupy koncepcji, wyjaśniających sposób przejścia wkładu niepieniężnego na spółkę osobową: złożonego stanu faktycznego (I), odroczenia skutków czynności prawnej (II), spółki osobowej w stadium organizacji (III) oraz umowy na rzecz osoby trzeciej (IV).

¹⁴ W. Górecki, *Konstrukcja wnoszenia przez wspólników wkładów do handlowych spółek osobowych*, *Transformacje Prawa Prywatnego* 2/2012, s. 221; K. Wręczycka, *Wniesienie nieruchomości na własność do spółek osobowych*, *Rejent* 9/2004, s. 103 i nast.

¹⁵ W. Górecki, *op.cit.*, s. 223.

¹⁶ *Ibidem*, s. 222.

¹⁷ *Ibidem*.

2.2. Koncepcja złożonego stanu faktycznego

Pogląd stojący za tą koncepcją sformułowany został na jeszcze na gruncie Kodeksu handlowego, w ramach analizy regulacji wnoszenia przez wspólników prawa własności nieruchomości (względnie – użytkowania wieczystego; w dalszych rozważaniach wszystkie uwagi odnoszące się do prawa własności będą dotyczyć także użytkowania wieczystego) jako aportu do spółki z o.o.¹⁸ U jego podstaw leżało kilka doniosłych założeń. Najistotniejszym było to, zgodnie z którym nie każde nabycie prawa własności poprzez czynność prawną opierać się musi o reguły określone w art. 155 i nast. k.c.¹⁹ – istnieją przypadki nabycia prawa własności regulowane swoiście. Następnie, zdaniem zwolenników tej koncepcji, należało przyjąć, że umowa spółki z o.o. w części, która zmierzała do powołania tej spółki, nie była umową zobowiązującą, ale kreacyjną – w tym ujęciu podmiototwórczość nie była funkcją wieloaspektowej umowy założycielskiej, lecz znamieniem osobnego w stosunku do umowy zobowiązującej typu²⁰. Celem takiej umowy miało być powołanie do życia osoby prawnej, z uwagi na swoją specyfikę posiadać zaś ona miała cechę szczególną – zdolność do przeniesienia własności na szczególnej, „niezobowiązaniowej” podstawie. Wynikać z tego miało, że wspólnik zawierający umowę spółki, nie zobowiązywał się do żadnego świadczenia – ani wobec spółki, ani wobec pozostałych wspólników, zaś spółka nie nabywała żadnego roszczenia. Oświadczenie woli wspólnika o chęci wniesienia wkładu niepieniężnego stanowiło jednak *essentiale negotii* umowy spółki. Kolejne założenie stanowiło, że powstanie spółki jako osoby prawnej jest konsekwencją nie tylko zawarcia umowy spółki, ale także od wniesienia całego kapitału zakładowego, ustanowienia władz spółki oraz wpisu spółki do rejestru handlowego. Elementy te, wymagane przez Kodeks handlowy w jego artykule 160, stanowiły zdarzenia prawne, których łączne wystąpienie warunkowało nabycie przez spółkę praw majątkowych (oraz powstanie innych zamierzonych przez wspólników celów, wynikających z umowy spółki). Określono taką sytuację jako „złożony stan faktyczny”. Stan taki stawał się „zamknięty” wraz z momentem nastąpienia ostatniego z wymienionych zdarzeń (choć nie było tutaj całkowitej dowolności, gdyż przecież nie było choćby możliwości wpisu spółki do rejestru w braku umowy). Jeśli została zawarta umowa spółki, wspólnicy określili w niej przedmiot swoich wkładów, został powołany zarząd oraz nastąpił wpis w rejestrze handlowym, to z tą chwilą zamykał się stan faktyczny i spółka stawała się osobą prawną, a w efekcie również uprawnioną z tytułu wkładów, np. właścicielką nieruchomości.

Jak wskazano²¹, poza podobieństwami między sytuacją prawną spółek osobowych *de lege lata* oraz spółek kapitałowych w Kodeksie handlowym, istnieją także inne argumenty przemawiające za możliwością zastosowania na gruncie Kodeksu spółek handlowych koncepcji złożonego stanu faktycznego w odniesieniu do spółek osobowych.

¹⁸ J. Skąpski, *Nieruchomość jako aport do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością*, Kwartalnik Prawa Prywatnego II.2/1993, s. 153–164.

¹⁹ *Ibidem*, s. 156.

²⁰ *Ibidem*, s. 158.

²¹ W. Górecki, *op.cit.*, s. 224.

W ramach procesu powstawania handlowych spółek osobowych dostrzec można zespół koniecznych elementów, który da się określić jako złożony stan faktyczny. Powstanie bowiem tych spółek, jako podmiotów prawa odrębnych od wspólników, zależy od wystąpienia dwóch zdarzeń prawnych, tj. zawarcia stosownej umowy spółki oraz rejestracji spółki w rejestrze przedsiębiorców. W przypadku spółki komandytowo-akcyjnej można by tutaj jeszcze wyróżnić częściowe wniesienie wkładów²². Zdarzeń tych jest zauważalnie mniej niż w odniesieniu do spółki z o.o. pod rządami Kodeksu handlowego, ale nie neguje to jeszcze sensowności dostrzeżenia podobieństw. W rezultacie oznaczałoby to, że umowa spółki osobowej jest umową o charakterze kreacyjnym, nie zaś – zobowiązującym, i na tej podstawie, z uwagi na specyfikę takiej instytucji, do nabycia przez spółkę prawa tytułem wkładu wystarczyłoby tylko oznaczenie przedmiotu wkładu w umowie spółki i jej rejestracja w KRS. Zaznacza się także, że akceptacja takiej koncepcji pozwala dogodnie wyjaśnić wątpliwości związane ze zobowiązaniowym charakterem umowy spółki – to, w jaki sposób umowa między wspólnikami może przenieść prawo na spółkę, która nie była stroną umowy i w momencie jej zawierania nie istniała. Zaletą tej koncepcji ma także być to, że nie zmusza ona do sięgnięcia do koncepcji spółki osobowej w stadium organizacji²³.

Jeśli chodzi o wady tej koncepcji, wskazać można dwie zasadnicze²⁴. Po pierwsze, koncepcja ta służyć miała tylko wyjaśnieniu mechanizmu wnoszenia wkładu przy powstawaniu spółki z o.o. na gruncie Kodeksu handlowego. Nie znajdowała ona zastosowania, gdy chodziło o wnoszenie wkładów do już istniejącej spółki – np. w ramach podwyższenia kapitału zakładowego. Do wniesienia nieruchomości jako wkładu niepieniężnego w takim wypadku zastosowanie znaleźć miałby już przepis art. 156 k.c.²⁵ Taka niespójność stwarza dziwny, niedający się wyjaśnić dualizm procedur wnoszenia wkładu. Nadto, brak możliwości zastosowania koncepcji złożonego stanu faktycznego wynika z przepisów Kodeksu spółek handlowych – w świetle bowiem treści art. 48 § 2 k.s.h. oraz art. 49 § 1 k.s.h. charakter umowy spółki w zakresie obowiązku wniesienia wkładów wydaje się być ściśle zobowiązujący. Owszem, ma ona charakter kreacyjny w tym sensie, że prowadzi do powstania nowego podmiotu, ale nie wyłącza to jej zobowiązującego znaczenia. Koncepcja złożonego stanu faktycznego byłaby więc sprzeczna z obowiązującym stanem prawnym.

Co więcej, zdaniem autora niniejszego artykułu, koncepcji złożonego stanu faktycznego można zarzucić pomieszanie efektu, który stara się uzasadnić, z jedną z przesłanek. Jak łatwo zauważyć, koncepcja ta ma wyjaśnić sposób nabycia wnoszonych wkładów przez spółkę. Jednym z krytycznych zdarzeń, składających się na złożony stan faktyczny, miało być wniesienie wkładów przez wspólników. Dopiero zaistnienie wszystkich tych zdarzeń warunkuje nastąpienie skutku w postaci nabycia przedmiotu wkładu. Mamy tutaj zatem do czynienia z błędnym kołem – skutek w postaci wniesienia wkładu staje się przesłanką swojego zaistnienia. Uzasadnia to przekonanie,

²² *Ibidem*, przypis 8.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ J. Skąpski, *op.cit.*, s. 163.

że koncepcja złożonego stanu faktycznego nie może znaleźć zastosowania w kontekście wnoszenia wkładu niepieniężnego do spółek osobowych.

2.3. Koncepcja odroczenia skutków czynności prawnej

U podstaw tej koncepcji leży założenie²⁶, że umowa spółki w części odnoszącej się do obowiązku wniesienia wkładów jest umową zobowiązującą. Stanowi ona przykład „innej umowy zobowiązującej do przeniesienia własności” w rozumieniu art. 155 § 1 k.c. lub odpowiednio: „innej umowy zobowiązującej do przeniesienia wierzytelności” w rozumieniu art. 510 § 1 k.c. Po drugie, koncepcja ta zakłada niedopuszczalność stosowania koncepcji umowy na rzecz osoby trzeciej²⁷. Następnie, zwolennicy tej koncepcji zakładają, że z uwagi na brak zdolności prawnej spółki osobowej przed chwilą wpisu do rejestru (założenie trzecie), skutek rozporządzający czynności prawnej nastąpić może dopiero w momencie powstania spółki – tj. podmiotu będącego adresatem zobowiązania – czyli dopiero w momencie wpisu spółki do KRS. Jednocześnie zakłada się, że skutek ten następuje automatycznie. Z koncepcji tej wynika zatem, że prawo majątkowe, do wniesienia którego na rzecz spółki osobowej tytułem wkładu w umowie spółki zobowiązał się wspólnik, przejdzie na spółkę z chwilą wpisu do KRS. Nie ma tutaj mowy o konieczności zawierania dalszej umowy rozporządzającej.

Istnieją też stanowiska pośrednie, które, uznając zasadniczo poprawność omawianej koncepcji, nie podzielają wniosku o braku konieczności zawarcia umowy rozporządzającej. Według nich, w przypadku przeniesienia własności nieruchomości oraz użytkowania wieczystego (dla których ustawa wyklucza ich przeniesienie pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, art. 157 k.c., odpowiednio w zw. z art. 237 k.c.), prawa takie nie mogą przejść z mocy samej ustawy z majątku wspólnika do spółki w momencie zaistnienia zdarzenia przyszłego i niepewnego, jakim jest wpis spółki do rejestru przedsiębiorców. Z uwagi na tę okoliczność – w przypadku umów przenoszących własność lub prawo użytkowania wieczystego, w tym ujęciu, umowa spółki wywrzeć może co najwyżej skutek zobowiązujący, a do ostatecznego wniesienia wkładu konieczne będzie zawarcie dodatkowej umowy rozporządzającej, już po zarejestrowaniu spółki²⁸. Nie podzielając aprobaty dla koncepcji odroczenia skutków prawnych umowy spółki, argumentację co do czynności warunkowych autor uważa za trafną, o czym niżej.

Koncepcję odroczenia skutków czynności prawnej wydaje się także podzielać, acz bez szerszego uzasadnienia, Sąd Najwyższy. W dwóch niedawnych postanowieniach (w postanowieniu z dnia 14 stycznia 2015 r. II CSK 85/14 oraz postanowieniu z dnia 25 listopada 2015 r., II CSK 723/14) Sąd Najwyższy w szerszym zakresie odnosił się

²⁶ W. Górecki, *op.cit.*, s. 224. Jak podaje ten autor (*ibidem*, s. 225) zwolennikami takiej koncepcji są m.in.: A. Szumański (*Wkłady...*, s. 240–250) oraz R. Potrzebszcz; nadto, na gruncie Kodeksu spółek handlowych stanowisko takie wydają się podzielać: K. Wręczycka, *op.cit.*, s. 113–116 oraz A.J. Witosz, *Odpowiedzialność wspólników spółek osobowych. Przypadki szczególne*, Warszawa 2008, s. 85.

²⁷ K. Wręczycka, *op.cit.*, s. 108.

²⁸ G. Górczyński [w:] *Wkłady niepieniężne w spółkach handlowych*, G. Górczyński, P. Pinior, W. Popiołek (red.), W. Wyrzykowski, W. Zawiejski, E. Zielińska, Warszawa 2014, s. 253–254.

do zagadnienia formy koniecznej do wniesienia nieruchomości jako wkładu do spółki osobowej i to temu zagadnieniu poświęcił najwięcej miejsca. Tym niemniej w orzeczeniach tych wyrażony został pogląd, że umowy spółek zawierające zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości wywołują – zgodnie z art. 155 KC – także skutek rozporządzający, z chwilą ich rejestracji. Wyjątkiem wskazanym przez Sąd Najwyższy jest tutaj spółka jawna, w przypadku której, jeżeli została zawarta w formie zwykłej pisemnej²⁹, Sąd Najwyższy przyjął, że koniecznym jest następnie zawarcie umowy przenoszącej własność nieruchomości na spółkę – po jej rejestracji. Taka konstrukcja argumentacji zdaje się być oparta na przyjęciu koncepcji odroczenia skutków czynności prawnej, na co wskazuje przyjęcie koncepcji skutku rozporządzającego ziszczonego się *ex lege* z chwilą rejestracji.

Wydaje się jednak, że argumenty wysunięte przeciwko koncepcji odroczonego skutków prawnych trzeba uznać za rozstrzygające i niepozwalające uznać jej poprawności³⁰. Wadą tej koncepcji jest to, że pomija ona kwestię stron umowy zobowiązującej do wniesienia wkładu do spółki. Wskazano³¹, że możliwe są w tej mierze dwa rozwiązania. Po pierwsze, że stronami stosunku prawnego powstałego w momencie zawarcia umowy spółki są wszyscy wspólnicy, po drugie zaś, że są nimi wspólnik oraz spółka. Gdyby przyjąć pierwsze rozwiązanie, to na gruncie koncepcji odroczonego skutków prawnych, z uwagi na odrzucenie przez jej zwolenników możliwości zastosowania instytucji umowy na rzecz osoby trzeciej, nie dałoby się uzasadnić, w jaki sposób na spółkę miałyby zostać przeniesione tytułem wkładu określone prawo, skoro jednocześnie nie jest ona stroną umowy zobowiązującej do jego przeniesienia. Tymczasem w świetle art. 48 § 3 k.s.h. bezspornym jest, że przedmiot wkładu *de lege lata* przejść ma na spółkę. W razie zaś przyjęcia drugiego rozwiązania należałoby stwierdzić, że wobec nieistnienia (w momencie zawierania umowy) spółki jako wierzyciela z tytułu zobowiązania do wniesienia wkładu, wspólnik nie mógłby skutecznie zobowiązać się do wniesienia wkładu. Co najwyżej umowa dotycząca wniesienia wkładu mogłaby zostać zawarta w momencie zarejestrowania spółki, mogąc w tej samej chwili wywrzeć skutek rozporządzający³². Jednak, jak wskazuje W. Górecki, taka interpretacja miałaby charakter wykładni *contra legem* – bowiem z przepisów art. 48 § 3 oraz 49 § 1 k.s.h. jasno wynika, że w momencie zawarcia umowy spółki powstaje zobowiązanie wspólnika do wniesienia wkładu na jej rzecz. Co więcej, powstanie spółki byłoby w ogóle wątpliwe: nie jest jasne na jakiej podstawie miałyby dojść do rejestracji takiej spółki, której umowa miałaby nie istnieć aż do momentu jej rejestracji. Po raz kolejny zatem mielibyśmy do czynienia z błędnym kołem, gdzie skutek w postaci powstania spółki staje się swoją własną przesłanką o tyle, o ile warunkuje ważne zawarcie umowy spółki.

Jak się wydaje, argumenty te decydują o nieadekwatności koncepcji odroczonego skutków prawnych. Dotyczy to nawet jej wspomnianego wariantu, zakładającego

²⁹ Sąd Najwyższy w omawianych orzeczeniach przeszedł do porządku dziennego nad dopuszczalnością zawarcia umowy spółki partnerskiej w zwykłej formie pisemnej.

³⁰ W. Górecki, *op.cit.*, s. 226.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

konieczność zawarcia umowy o skutku rozporządzającym w przypadku prawa własności nieruchomości oraz prawa użytkowania wieczystego³³. Korekta ta nie zmienia tutaj bowiem istoty rzeczy – omawiana koncepcja, odżegnując się od zastosowania instytucji umowy na rzecz osoby trzeciej, nie jest zdolna wyjaśnić mechanizmu przejścia prawa na spółkę na podstawie umowy pomiędzy wspólnikami.

2.4. Koncepcja spółki osobowej w stadium organizacji

W punkcie tym zbiorczo zostaną omówione wszystkie rozwiązania traktujące spółkę osobową przed momentem wpisu do KRS jako wyodrębnioną strukturę organizacyjną³⁴. Pogląd o jakiegokolwiek zdolności prawnej spółki osobowej przed wpisem do rejestru, z uwagi na jednoznaczne brzmienie art. 25¹, art. 94, art. 109 § 1, art. 134 § 1 k.s.h., jest obecnie nie do obrony³⁵. Koncepcje takie są najczęściej spotykanymi sposobami wyjaśnienia mechanizmu wnoszenia wkładów do spółek osobowych³⁶. Różne konkretne stanowiska przyznają takiej wyodrębnionej strukturze różny stopień samodzielności – od abstrakcyjnego podmiotu, fikcji prawnej istniejącej tylko dla potrzeb wyjaśnienia nabywania przez spółki osobowe przed rejestracją wkładów aż po przyjęcie rozwiązań analogicznych do obecnej regulacji spółek kapitałowych w organizacji. Różnie wyjaśnia się także charakter prawny takiej struktury. Jednak stanowiska te łączą dwa twierdzenia: o generalnej zdolności owych struktur organizacyjnych do nabycia przedmiotu wkładu przed rejestracją spółki osobowej oraz o przejściu, z momentem wpisu do KRS, praw przynależnych takiej strukturze z mocy prawa na nowopowstałą spółkę. Wynika z tego, że według zwolenników tych koncepcji podstawą nabycia przez spółkę wkładu jest wyłącznie umowa spółki (nie są konieczne żadne dodatkowe umowy).

Tytułem przykładu warto omówić kilka szczegółowych wariantów koncepcji spółki osobowej w stadium organizacji. Pierwszy z nich³⁷ zakłada, że do spółek osobowych w okresie między zawiązaniem spółki a jej rejestracją winny być stosowane, w drodze analogii, przepisy art. 11-13 k.s.h. Na tej podstawie przyjąć należałoby wniosek o istnieniu spółki osobowej w stadium organizacji. Taka spółka osobowa w stadium organizacji posiada własny, wyodrębniony majątek, co wynika z zastosowania *per analogiam* art. 28 k.s.h. Dzięki temu jeszcze przed zarejestrowaniem może ona stawać się podmiotem praw majątkowych, wliczając w to nawet prawo własności nieruchomości. Wobec tego, jak należy przyjąć, w przypadku umów o podwójnym skutku (art. 155 § 1 k.c., art. 510 k.c.) już samo zawarcie umowy spółki, skutek którego w tym ujęciu miała by powstać spółka osobowa w stadium organizacji, skutkuje przeniesieniem wkładu

³³ G. Górczyński, *op.cit.*

³⁴ Pojęciem „struktura organizacyjna” posługuje się J.P. Naworski [w:] *Kodeks*, red. Siemiątkowski, Poznań, 2011, s. 511. Z kolei A. Kidyba, *Kodeks*, 2010, s. 466, posługuje się frazą „określona konstrukcja prawna”, opisując sytuację pomiędzy zawiązaniem spółki, a wpisem do rejestru.

³⁵ Tak choćby W. Pyziół [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 50.

³⁶ Zob. np. P. Pinior, *Charakter prawny spółek osobowych w stadium organizacji*, Prawo Spółek 2009, nr 7-8, s. 34-43; S. Włodyka, *Problem osobowych spółek w organizacji*, Rejent 2003, nr 6, s. 262 i nast.

³⁷ Zob. np. S. Sołtysiński [w:] Sołtysiński i in., *Kodeks*, t. I, 2012, s. 428 i nast.; także J. Szwaja, B. Mika [w:] Sołtysiński i in., *Kodeks*, t. I, 2012, s. 867 i nast.

na spółkę. Jeżeli chodzi o sposób wyjaśnienia mechanizmu przejścia wkładów z majątku spółki w stadium organizacji do majątku spółki „dojrzałej”, to zwolennicy tej koncepcji wskazują na zastosowanie *per analogiam* art. 12 zd. 2 k.s.h., statuującego w zakresie spółek kapitałowych w organizacji tzw. zasadę kontynuacji. Zatem w momencie wpisu spółki osobowej do rejestru stawałaby się ona podmiotem praw i obowiązków spółki w stadium organizacji, przejmując także prawa wniesione tytułem wkładu.

Kolejny warty odnotowania pogląd³⁸ zakłada, że spółka osobowa przed wpisem do rejestru jest po prostu spółką cywilną. Stosuje się zatem do niej wprost przepis art. 861 k.c., który dopuszcza wniesienie do spółki cywilnej umówionego wkładu. Należy uznać, że wkład miałby zostać objęty współwłasnością łączną współników takiej „przejściowej” spółki cywilnej (art. 863 k.c.). Przedmiot wkładu w momencie zawarcia umowy spółki stawałby się zatem przedmiotem współwłasności łącznej, a od tej chwili żaden ze współników nie mógłby rozporządzać udziałem w przedmiotach wniesionych tytułem wkładu (art. 863 § 1 k.c.). Dla wyjaśnienia przejścia przedmiotu wkładu z do majątku docelowej spółki osobowej istniałaby konieczność zastosowania art. 26 § 5 k.s.h. (jak się wydaje, musiałoby to być zastosowanie wprost, a nie w drodze analogii, jako że jego przedmiotem byłaby bezpośrednio spółka cywilna). Zatem z chwilą wpisu do rejestru, spółka cywilna powstała w momencie zawarcia umowy spółki jawnej, stawałaby się „dojrzałą” spółką jawną. Zgodnie z treścią tego przepisu, spółka jawna stawałaby się podmiotem praw i obowiązków stanowiących majątek wspólny współników.

Inne z kolei spotykane w doktrynie zapatrywanie zakłada, że wskutek zawiązania spółki jawnej nie powstaje spółka cywilna, lecz „struktura do niej podobna”. Zapatrywanie to jest podzielane przez zwolenników wielu zróżnicowanych jeszcze bardziej na niższych poziomach koncepcji³⁹. Wszystkie je, jak się wydaje, łączy to, że zastosowanie art. 861 k.c. mogłoby mieć miejsce jedynie *per analogiam*. Jeżeli chodzi o podstawę przejścia praw majątkowych należących do takiej struktury, wskazuje się tutaj zastosowanie w drodze analogii art. 26 § 5 k.s.h. albo art. 12 zd. 2 k.s.h.

Jeśli chodzi o zastrzeżenia wysuwane pod adresem tych stanowisk, należy przede wszystkim podzielić to, że nie da się dostrzec podstaw do analogicznego zastosowania art. 11–13 k.s.h.⁴⁰ Niezależnie więc od tego, jak dokładnie rozumie się istotę spółki w stadium organizacji, nie da się obronić tezy, że współnik może już przed rejestracją spółki dokonać wniesienia wkładu na rzecz spółki w stadium organizacji będącej podmiotem prawa odrębnym od współników i wyposażonym w zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych.

³⁸ Wyrażony przez J.P. Naworskiego [w:] *Kodeks*, red. Siemiątkowski, Potrzebszcz, 2011, s. 511–512 oraz przez M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks*, 2010, s. 74.

³⁹ Niektórzy z nich uważają, że należy do takiej struktury stosować w pierwszym rzędzie przepisy odnoszące się do danej spółki po wpisie, a dopiero pomocniczo przepisy dot. spółki cywilnej (tak np. A. Kidyba, *Kodeks*, t. I, s. 466), inni dopuszczają jedynie odpowiednie stosowanie przepisów o spółce cywilnej (tak np. K. Strzelczyk [w:] *Kodeks*, red. Siemiątkowski, Potrzebszcz, 2011, s. 237 lub P. Pinior, *Charakter...*, s. 40).

⁴⁰ Tak np. M. Spyra [w:] J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 62.

Brak jest w k.s.h. także podstaw do przyjęcia koncepcji wniesienia wkładu poprzez objęcie go wspólnością łączną wspólników przyszłej spółki, mającą wynikać ze stosunku spółki cywilnej albo stosunku do niej podobnego. Występowałyby tutaj całkowita sprzeczność z art. 48 § 3 k.s.h. oraz art. 49 k.s.h., które wyraźnie mówią o istnieniu zobowiązania na rzecz spółki. Desygnatem bowiem występującego w tych przepisach pojęcia „spółki” nie jest spółka cywilna wspólników, lecz docelowa spółka osobowa⁴¹. W umowie spółki jawnej wspólnicy wiążą się zobowiązaniami, składając oświadczenie pozostałym wspólnikom, lecz są to zobowiązania na rzecz spółki. Takie właśnie zobowiązania (do wniesienia wkładu na rzecz spółki) stanowią element przedmiotowo istotny umów spółek handlowych⁴².

Wskazuje się również, że interpretacja nakazująca wykorzystanie przepisów o spółce cywilnej jest niezgodne z wolą wspólników. Wspólnicy, którzy zawierali umowę spółki handlowej, nie dążyli do powołania spółki cywilnej. Ich zgodnym zamiarem było stworzenie określonego typu spółki handlowej⁴³. Gdyby zaś uznać, że wspólnicy zawarli w umowie zobowiązanie do przeniesienia wkładu na rzecz pozostałych (wszystkich) wspólników, nie pozwalałoby to traktować takiej umowy jako umowy spółki handlowej⁴⁴ – z uwagi na brak woli wniesienia wkładu do spółki (art. 3 k.s.h.). Można także mieć wątpliwości, czy koncepcja uznawania spółki osobowej przed rejestracją za spółkę cywilną jest w ogóle dopuszczalna. Prowadziłoby to bowiem do utożsamiania handlowej spółki osobowej przed rejestracją wprost ze spółką cywilną. Przyjęcie tego poglądu musiałoby oznaczać albo że umowa spółki handlowej tak naprawdę jest umową spółki cywilnej (kwalifikowaną), albo że stosunek spółki cywilnej wynika z umowy handlowej spółki osobowej jako stosunku go poprzedzającego⁴⁵. Takie jednak twierdzenia zdają się nie mieć oparcia w panującym stanie prawnym i prowadzą do niepotrzebnego mieszania pojęć prawnych i instytucji.

W przypadku zaś koncepcji traktującej spółkę osobową przed rejestracją jako strukturę podobną do spółki cywilnej trzeba zauważyć, że jest ona niespójna z regulacją art. 25¹ § 2, 109 § 2 oraz art. 134 § 2 k.s.h. Rozwiązanie przewidziane przez te przepisy zakłada solidarną odpowiedzialność osób, które działały w imieniu spółki przed jej wpisem do rejestru za zobowiązania wynikające z tego działania. Tymczasem art. 864 k.c. przewiduje solidarną odpowiedzialność wszystkich bez wyjątku wspólników spółki cywilnej za zobowiązania spółki. Takie ukształtowanie odpowiedzialności (obejmującej wszystkich wspólników, a nie tylko tych, którzy działali w imieniu spółki) jest dopasowane do ustroju majątkowej wspólności łącznej⁴⁶ – skoro prawa nabywane przez spółkę wchodzi do wspólności łącznej przynależnej wszystkim wspólnikom (czyli wszystkim przypadają korzyści), naturalnym jest, że także wszyscy wspólnicy odpowiadają za spółkowe zobowiązania (wszyscy ponoszą ryzyko). Zatem skoro nie

⁴¹ W. Górecki, *op.cit.*, s. 230.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Tak M. Spyra, *op.cit.*, s. 63.

⁴⁴ W. Górecki, *op.cit.*, s. 230.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

skopiowano tego rozwiązania w przypadku regulacji skutków działania za handlową spółkę osobową w okresie między jej zawianiem a zarejestrowaniem, znaczy to, że nie istnieje w tym okresie żaden byt uzasadniający istnienie wspólności majątkowej pomiędzy wspólnikami.

Wobec przedstawionej argumentacji należy uznać, że również koncepcje spółki osobowej w stadium organizacji we wszystkich ich odmianach nie są w stanie przekonująco wyjaśnić mechanizmu przeniesienia wkładu na spółkę osobową.

2.5. Umowa na rzecz osoby trzeciej

Koncepcje wykorzystania konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej do wyjaśnienia mechanizmu wniesienia wkładów do spółek osobowych istnieją w dwóch wariantach: warunkowej lub bezwarunkowej umowy na rzecz osoby trzeciej. W tym pierwszym wypadku⁴⁷ wpis spółki do KRS byłby traktowany jako zdarzenie przyszłe i niepewne. Zwolennicy tej koncepcji wskazują jednak, z czym autor niniejszego tekstu się nie zgadza, że rejestracja spółki stanowi raczej *conditio iuris*, zatem nie może być utożsamiana z warunkiem w rozumieniu art. 89 i nast. k.c.⁴⁸

Z poglądu, że zobowiązanie do wniesienia wkładu wynika z bezwarunkowej umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej wynikają następujące wnioski. Po pierwsze, spółka w momencie wpisu do rejestru nie nabywałaby praw wnoszonych tytułem wkładu, a jedynie roszczenie o przewłaszczenie prawa (art. 393 k.c.). Po drugie, możliwość żądania spełnienia przez wspólnika świadczenia przysługiwałaby zarówno spółce, jak i pozostałym wspólnikom. Między umową spółki w zakresie zobowiązującym do wniesienia wkładu a *pactum in favorem tertii* istnieje zasadnicze podobieństwo: podstawą przysporzenia po stronie spółki jest umowa, której spółka nie jest stroną. Co więcej, doktryna przyjmuje dopuszczalność zawarcia umowy na rzecz przyszłej osoby trzeciej⁴⁹. Istnieją jednak także pewne radykalne różnice: umowa na rzecz osoby trzeciej ma służyć spełnieniu przez przyrzekającego dłużnika świadczenia należnego zastrzegającemu wierzycielowi na rzecz innego podmiotu, który wówczas staje się wierzycielem⁵⁰. Funkcja tej umowy polega na zmianie „kierunku” spełnienia świadczenia. Dłużnik, zamiast świadczyć na rzecz wierzyciela (co jest normalnym skutkiem zobowiązania), ma obowiązek spełnić świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Podkreśla się, że w ramach *pactum in favorem tertii* dochodzi do spięcia ze sobą trzech stosunków prawnych, tj. stosunku pokrycia, zapłaty oraz waluty, zaś przyczyna zastrzeżenia świadczenia leży w stosunku między wierzycielem a osobą trzecią, czyli stosunku waluty. Jak widać, opis ten nie pasuje do sytuacji wnoszenia wkładów do spółki osobowej. Wspólnicy nie mają „pierwotnej” wierzytelności do siebie nawzajem o jakieś świadczenie, którego spełnienie zastrzegają na rzecz spółki. Nie można twierdzić, że wspólnik, wnosząc do spółki

⁴⁷ Tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 5 grudnia 1991 r., sygn. III CZP 128/91, OSN 1992, nr 6, poz. 106.

⁴⁸ W. Górecki, *op.cit.*, s. 234.

⁴⁹ A. Kubas, *Umowa na rzecz osoby trzeciej*, Warszawa-Kraków 1974, s. 48.

⁵⁰ Tak M. Bednarek [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 5, s. 887.

wkład, spełnia świadczenie należne zastrzegającemu wierzycielowi⁵¹. W stronach relacji wniesienia wkładu nie sposób dostrzec zastrzegającego wierzyciela i przyrzekającego dłużnika w rozumieniu art. 393 k.c. Nadto, w przypadku umowy z art. 393 k.c., osoba trzecia może na przykład przewidzianą w takiej umowie korzyść odrzucić, czego nie da się powiedzieć o spółce w zakresie wkładu – wspólnicy, podejmując takie działanie w ramach prowadzenia spraw spółki i jej reprezentacji, naruszałiby tak naprawdę art. 3 k.s.h.⁵² Nie ma także w k.s.h. podstaw do składania przez zarejestrowaną spółkę oświadczenia o chęci skorzystania z „zastrzeżonych” na jej rzecz świadczeń (wkładów). W dodatku, jak już wskazano, umowa na rzecz osoby trzeciej nie wywołuje skutków rozporządzających – tego nie sposób pogodzić z treścią art. 48 § 3 k.s.h. Koncepcja zastosowania *pactum in favorem tertii* nie licuje też z sytuacją spółki już istniejącej, która nabywa nowe wkłady w drodze zmiany umowy spółki. Wiązałoby się to z koniecznością opisanego mechanizmu nabycia wkładu przez spółkę już istniejącą za pomocą innego modelu, a zatem tworzyłoby to nierozsądny i bezpodstawny dualizm modeli wnoszenia wkładów niepieniężnych do spółek osobowych.

W świetle powyżej poczynionych uwag należy zauważyć, że chociaż konstrukcja umowy na rzecz osoby trzeciej wykazuje istotne podobieństwa do relacji między spółką osobową a jej wspólnikami w zakresie obowiązku wnoszenia wkładu, o tyle zasygnalizowane różnice nie pozwalają uznać zobowiązania do wniesienia wkładu za przykład stosunku prawnego określonego przez art. 393 k.c., ani nie uzasadniają stosowania go wprost. Niemniej jednak podobieństwa te, a także fakt, że cechy stosunku wynikającego z takiej umowy dobrze oddają niektóre węzłowe na gruncie mechanizmu wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej kwestie, powoduje, że zasadnym jest zaczerpnąć najwięcej z tej koncepcji.

3.1. Koncepcja wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej. Kwestia zakazu przeniesienia własności pod warunkiem

Dokonawszy analizy możliwych konstrukcji wniesienia wkładu niepieniężnego do spółki osobowej, autor zasadniczo podziela stanowisko W. Góreckiego⁵³ – zastrzegając jednak, że nie może ono znaleźć, w ocenie autora, do przeniesienia prawa własności nieruchomości oraz prawa użytkowania wieczystego.

W ocenie autora należy więc uznać, że w wyniku zawarcia umowy spółki i jej wpisania do rejestru powstają dwa stosunki prawne. Jeden wynika z umowy spółki, a w oparciu o niego wspólnikom przysługują w stosunku do siebie nawzajem niezaskarżalne roszczenia o wniesienie wkładu na rzecz spółki. W umowie spółki każdy ze wspólników zobowiązuje się wobec pozostałych do wniesienia wkładów na rzecz przyszłej (tworzonej) spółki i jednocześnie wyraża zgodę na istnienie analogicznych zobowiązań pozostałych wspólników. Drugi z kolei to stosunek na podstawie którego spółce przysługują wobec wspólników roszczenia o wniesienie wkładu na jej rzecz. Różnica

⁵¹ W. Górecki, *op.cit.*, s. 235.

⁵² Czym innym jest zwolnienie wspólnika z długu z tytułu wniesienia wkładu.

⁵³ W. Górecki, *op.cit.*, s. 237-239.

między tymi roszczeniami wyraża się w tym, że roszczenia spółki wobec wspólników są zaskarżalne. W. Górecki uznaje, że stosunek prawny istniejący między wspólnikami w zakresie obowiązku wnoszenia wkładów na rzecz spółki ma charakter zobowiązania naturalnego. Zatem zobowiązanie do wniesienia wkładu obciąża wspólników względem spółki, co wprost wynika także z przepisów Kodeksu spółek handlowych. Jednocześnie, wszystkich ich nawzajem wobec siebie obciąża obowiązek wniesienia wkładu – wykonania zobowiązania wobec spółki. Należałoby wobec tego przyjąć, że jest to odpowiedzialność podobna do gwarancyjnej. Na tej podstawie wspólnicy nie mogą oczywiście domagać się wykonania zobowiązania, ale mogą żądać od wspólnika, który zaniedbuje wniesienia wkładu, naprawienia wyrządzonej tym szkody na podstawie art. 471 i nast. k.c.

Omówiona konstrukcja jest w istocie swoistym rozwiązaniem, podobnym do umowy na rzecz osoby trzeciej. Odmienne jednak niż na gruncie umowy z art. 393 k.c., wynikające z umowy spółki zobowiązanie wspólnika do przeniesienia prawa na rzecz przyszłej spółki może wywołać i wywołuje skutek rozporządzający z chwilą jej rejestracji. Taki wniosek wynika z art. 48 § 3 k.s.h. i w tym zakresie przepis ten należy traktować jako rozwiązanie szczególne wobec art. 393 § 1 k.c. Mamy tutaj więc szczególną normatywną podstawę nabycia prawa przez podmiot niebędący stroną umowy kreującej zobowiązanie do jego przeniesienia – nieistniejący jeszcze przy zawieraniu tej umowy.

Mechanizm opisany wyżej prosto daje się zastosować do nabycia wierzytelności, własności rzeczy ruchomych, praw udziałowych w spółkach, praw na dobrach niematerialnych i innych przypadkach, w których nie funkcjonuje zakaz ich przenoszenia pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu (art. 157 k.c.).

W odróżnieniu jednak od W. Góreckiego, a także od Sądu Najwyższego⁵⁴, autor niniejszego tekstu nie uważa, by możliwość wywołania skutku rozporządzającego automatycznie z chwilą rejestracji spółki dotyczyła także prawa własności nieruchomości oraz prawa użytkowania wieczystego, a więc praw, które nie mogą być przenoszone pod warunkiem (art. 157 k.c.)⁵⁵. Odroczenie skutku rozporządzającego do momentu rejestracji spółki, chociaż możliwe do wyjaśnienia w oparciu o art. 48 § 3 k.s.h., nie przestaje być zobowiązaniem warunkowym, jest bowiem uzależnione od zajścia zdarzenia przyszłego i, jak się wydaje, niepewnego⁵⁶. To, czy będzie to warunek techniczny, czy warunek prawny (*conditio iuris*), nie ma znaczenia ani dla mechanizmu nabycia praw przez spółkę, ani dla jego konsekwencji na gruncie art. 157 k.s.h. Chociaż bowiem *conditio iuris* uznawane jest za ustanowioną przez prawo przesłankę skuteczności czynności prawnej⁵⁷, a nie za warunek w rozumieniu art. 89 i nast. k.c., to w zakresie problematyki przeniesienia własności stanowi ono jego „warunek” (w rozumieniu potocznym, albowiem nie sposób

⁵⁴ Który w cytowanych wyżej orzeczeniach z 2015 r. przyjął, że *conditio iuris* w postaci rejestracji spółki nie jest objęte hipotezą normy wysłowionej w art. 157 k.c.

⁵⁵ Podzielić należy więc w tej mierze stanowisko G. Gorczyńskiego (*op.cit.*, s. 252 i nast.) oraz judykatury, o czym niżej.

⁵⁶ Tak G. Gorczyński, *op.cit.*, s. 252.

⁵⁷ Z. Radwański [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 2, s. 295.

jej przenieść na podmiot nieistniejący), co zbliża *conditio iuris* do warunku z art. 89 k.c., jeśli chodzi o jego konsekwencje w dziedzinie przeniesienia własności.

Należy podzielić taką interpretację art. 157 k.c., zgodnie z którą przepis ten nie tyle zakazuje zawierania umów przenoszących własność pod warunkiem, co raczej zakazuje zaistnienia skutku i następcej niepewności prawnej, jaki mogłaby wywołać umowa przenosząca własność pod warunkiem (lub z zastrzeżeniem terminu)⁵⁸. Dodać można, że *ratio legis* wskazanego przepisu nie jest bowiem wykluczenie możliwości uzależnienia przeniesienia własności nieruchomości od warunku ustalonego przez strony, lecz wzmocnienie pewności obrotu prawnego jeśli chodzi o obrót nieruchomościami, „wyłączenie komplikacji w sytuacji prawnej nieruchomości”⁵⁹. Jeśli przyjąć to założenie, to nie ma powodu, by uzależnienie skuteczności czynności prawnej od przyszłego i niepewnego zdarzenia o charakterze wynikającym z obowiązującego prawa traktować odmiennie aniżeli warunek przewidziany przez strony. Słusznie także wskazano argumenty związane z funkcjonowaniem systemu ksiąg wieczystych i rolą notariusza przy obrocie nieruchomościami, określaną przez art. 92 § 4 u.p.n.⁶⁰ Notariusz, zawierający umowę spółki osobowej, nie mógłby zamieścić w akcie notarialnym, a następnie przesłać do sądu wniosku o ujawnienie spółki w księdze wieczystej, ta bowiem nie istnieje i nie jest pewne, czy kiedykolwiek zaistnieje⁶¹. W przypadku zatem, gdy dojdzie do skutku czynności prawnej, która ma „przy okazji” doprowadzić do przeniesienia własności nieruchomości lub użytkowania wieczystego, uzależnione jest od spełnienia ustawowej przesłanki – *conditio iuris* – taka czynność nie może wyrzucić podwójnego, zobowiązująco-rozporządzającego skutku.

Wskutek powyższego, że nie jest możliwe automatyczne zaistnienie skutku rozporządzającego w zakresie zobowiązania do wniesienia wkładu polegającego na przeniesieniu nieruchomości lub użytkowania wieczystego w momencie zarejestrowania spółki. Konieczne w tym wypadku będzie zatem zawarcie, już po powstaniu spółki (po jej wpisaniu do rejestru) dodatkowej umowy o skutku czysto rozporządzającym, w wykonaniu istniejącego zobowiązania, wynikającego z umowy spółki. Dla ważności zobowiązania umowa spółki i tak musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego, podobnie jak późniejsza umowa rozporządzająca. Należy dodać, że roszczenie z takiej umowy może zostać ujawnione w księdze wieczystej⁶². Jednocześnie, jak zauważono⁶³, rozwiązanie takie nie przyczynia się do zwiększenia kosztów zawarcia umowy spółki osobowej, w której przedmiotem wkładu ma być nieruchomość⁶⁴.

⁵⁸ Zaprezentowaną przez G. Gorczyńskiego, *op.cit.*, s. 253-254.

⁵⁹ Tak M. Kępiński [w:] *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz. Art. 1-449¹¹*, red. M. Gutowski, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 157, teza 1.

⁶⁰ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (t.j.: Dz.U. 2014 poz. 164).

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Co wynika z treści art. 16 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (t.j.: Dz.U. 2013 poz. 707 ze zm.).

⁶³ G. Gorczyński, *op.cit.*, s. 254.

⁶⁴ § 6 pkt. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie maksymalnych stawek taksy notarialnej z dnia 28 czerwca 2004 r. (t.j.: Dz.U. 2013 poz. 237), przewiduje za sporządzenie aktu notarialnego

3.2. Praktyczne aspekty wniesienia prawa własności nieruchomości oraz innych praw na nieruchomościach do spółki osobowej

Wobec powyższego, wniesienie do spółki osobowej prawa własności nieruchomości wyglądać będzie w praktyce następująco. Aby zobowiązanie do wniesienia wkładu w postaci prawa własności nieruchomości było ważne, umowa spółki musi być zawarta w formie aktu notarialnego. Nie ma to większego znaczenia w przypadku spółek komandytowych i komandytowo-akcyjnych, których umowy wymagają dla swojej ważności sporządzenia ich w formie aktu notarialnego (odpowiednio art. 106 k.s.h. dla umowy spółki komandytowej oraz art. 131 w przypadku statutu spółki komandytowo-akcyjnej).

W spółkach jawnych i partnerskich jednak, w których ustawodawca przewidział tylko wymóg formy pisemnej pod rygorem nieważności, kwestia ta może odegrać znaczącą rolę. Po pierwsze, konieczność zawarcia umowy w formie aktu notarialnego zwiększa koszty procedury założycielskiej spółki jawnej lub partnerskiej. Po drugie, w razie nieświadomości wspólników, jeżeli umowa spółki jawnej lub partnerskiej zostanie zawarta w zwykłej formie pisemnej, a jedynym przewidzianym w niej wkładem będzie prawo własności nieruchomości, nieważne będzie nie tylko zobowiązanie do wniesienia wkładu, ale cała umowa spółki, a to w oparciu o art. 58 k.c.⁶⁵ Przepis bowiem art. 3 k.s.h. wyklucza powstanie tzw. spółki bezwkładowej⁶⁶, co pod rządami Kodeksu handlowego nie było oczywiste – niektórzy autorzy dopuszczali powstawanie takiej spółki⁶⁷. Współcześnie, w kontekście jednoznacznego brzmienia art. 3 k.s.h., wniosek taki jest wykluczony – na gruncie obecnej regulacji niedopuszczalne byłoby powstanie spółki osobowej bez wcześniejszego określenia wkładów, które mają być wniesione przez wszystkich wspólników⁶⁸. Po trzecie, co pozostaje w związku z wcześniejszą uwagą, ponieważ nie jest możliwe zwolnienie któregośkolwiek wspólnika z tego obowiązku⁶⁹, zgodnie z zasadą niedopuszczalności bezwkładowego uczestnictwa w spółce – należy uznać, że w sytuacji, gdyby zobowiązanie jednego ze wspólników do wniesienia wkładu miało się okazać nieważne, a umowa spółki nie przewidywała obowiązku wniesienia przez niego innego wkładu, osoba taka nie nabędzie ostatecznie statusu wspólnika, również w oparciu o art. 58 k.c.

Po zawarciu umowy spółki osobowej w formie aktu notarialnego, zawierającej stosowne zobowiązanie do przeniesienia własności nieruchomości, zgodnie z przyjętą

inkorporującą umowę zobowiązującą do przeniesienia własności oraz aktu inkorporującego umowę rozporządzającą stawkę taksy równą połowie stawki dla umowy o podwójnym skutku.

⁶⁵ Tak np.: W. Pyziół [w:] *Kodeks...*, red. W. Pyziół, s. 76; S. Włodyka [w:] *System Prawa Handlowego*, t. 2, s. 161; S. Sołtysiński [w:] Sołtysiński i in., *Kodeks*, t. I, 2012, s. 424.

⁶⁶ Tak np. W. Pyziół, *op.cit.*, s.; M. Rodzyńkiewicz, *Kodeks*, 2013, s.; J.A. Strzępka, E. Zielińska [w:] *Kodeks*, red. Strzępka.

⁶⁷ Tak np. A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach, podręcznik praktyczny*, t. 2, Warszawa 1991, s. 27; zob. także: S. Sołtysiński [w:] S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja, *Kodeks handlowy. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 537. Z kolei przeciwny dopuszczalności konstrukcji spółki bezwkładowej był m.in. M. Allerhand (*Kodeks handlowy*, t. I, Lwów 1935, reprint Bielsko-Biała 1991, s. 160).

⁶⁸ S. Sołtysiński [w:] Sołtysiński i in., *Kodeks*, 2012, t. I, s. 424; W. Pyziół *op.cit.*, s. 14.

⁶⁹ S. Sołtysiński [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 16, s. 826; K. Kopaczyńska-Pieczniak, *op.cit.*, s. 303.

wyżej koncepcją dotyczącą skutków rejestracji spółki, zawsze konieczne jest, już po wpisaniu spółki do rejestru przedsiębiorców KRS, zawarcie dodatkowej umowy o skutku tylko rozporządzającym (art. 155 § 1 k.c. w zw. z art. 157 k.c.). Taka sama konieczność będzie istnieć również wtedy, gdy umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości, zawarta w ramach umowy spółki, wprost wyłącza skutek rozporządzający i np. określa termin zawarcia umowy rozporządzającej. Jeśli termin zawarcia umowy rozporządzającej prawem własności nieruchomości byłby odroczony o skrajnie nierozsądny, długi czas (np. wniesienie małej nieruchomości gruntowej), zapewne należałoby to uznać za obejście prawa, identycznie jak zobowiązanie do wniesienia wkładu o wartości czysto symbolicznej⁷⁰. Skutek zastrzeżenia dla spółki mającej bowiem od momentu rejestracji prowadzić przedsiębiorstwo byłby *de facto* taki sam jak wniesienia wkładu o wysokości czysto symbolicznej.

Z uwagi na odesłanie w art. 237 k.c. do odpowiedniego stosowania przepisów odnoszących się do przeniesienia własności nieruchomości, uwagi poczynione wyżej w punkcie 3.1. można odnieść analogicznie do przeniesienia prawa użytkowania wieczystego. Również zatem i w odniesieniu do tego prawa należało będzie przyjąć, że nie może ono automatycznie przejść do majątku spółki po jej rejestracji. Niezbędne jest również zawarcie kolejnej umowy o skutku wyłącznie rozporządzającym.

Jeśli chodzi o konstytutywne wniesienie prawa użytkowania, z uwagi na brak przepisu odpowiadającego art. 157 k.c., umowa spółki zawarta w formie aktu notarialnego może skutecznie ustanowić takie prawo na rzecz spółki w momencie jej wpisania do rejestru, chyba, że w umowie spółki taki skutek zostanie wyłączony. Pamiętać trzeba także o tym, że z uwagi na brak wymogu formy co do umowy zobowiązującej do ustanowienia ograniczonego prawa rzeczowego (art. 245 § 2 k.c.), z umowy spółki osobowej zawartej w formie pisemnej może wynikać ważne zobowiązanie do ustanowienia prawa użytkowania. Wówczas niezbędne jest ustanowienie takiego prawa poprzez oświadczenie współnika w formie aktu notarialnego (art. 245 § 2 k.c.).

Identycznie sytuacja będzie się miała w przypadku przeniesienia spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu.

W przypadku wnoszenia nieruchomości do spółki do używania (art. 49 § 1 k.s.h.) nie jest konieczne, jak się wydaje, zawieranie dodatkowej umowy najmu, dzierżawy czy użyczenia. Wystarczającą podstawą do oddania spółce przedmiotu wkładu do używania jest samo zobowiązanie wynikające z umowy spółki. Zatem wykonanie zobowiązania ograniczy się tutaj do udostępnienia przedmiotu wkładu spółce. Będzie to oczywiście ostatecznie możliwe dopiero po wpisie spółki do rejestru – wcześniej podmiot, który miałby otrzymać nieruchomość do używania, po prostu nie będzie istniał.

4. Podsumowanie

Spółki osobowe są w praktyce polskiego obrotu prawnego i gospodarczego spotykane nader często. Mogą one stanowić dogodną formułę dla przyszłych współników chcących skorzystać z szerszego aniżeli na gruncie spółek kapitałowych spektrum

⁷⁰ K. Kopaczyńska-Pieczniak, *op.cit.*, s. 304.

dopuszczalnych wkładów niepieniężnych. Jednocześnie nie sposób nie zauważyć, że odnosząca się do wkładów niepieniężnych regulacja Kodeksu spółek handlowych jest dość lakoniczna i zawiera sporo nieścisłości prowadzących do powstania licznych wątpliwości, a nawet luk interpretacyjnych. Istota spółek osobowych, jako podmiotów wyposażonych w zdolność prawną, lecz nieposiadających osobowości prawnej, stała się zarzewiem kontrowersji dotyczących zasad wnoszenia wkładów do tych spółek. Jest to szczególnie aktualne w odniesieniu do problemu wniesienia do takich spółek prawa własności nieruchomości, bądź prawa użytkowania wieczystego. W odniesieniu do tych praw bowiem przyjęcie poprawności określonego mechanizmu, jak wskazano powyżej, determinuje daleko idące konsekwencje, w tym potencjalną konieczność zawarcia, po rejestracji spółki, umowy rozporządzającej. Zaproponowane przez autora stanowisko stara się łączyć zalety koncepcji wysuwanych do tej pory w doktrynie, z uwzględnieniem jednak koniecznych korekt, wynikających z przyjętej przez autora wykładni art. 157 k.c.

* * *

The Legal Mechanism of Making In-Kind Contributions to Partnerships with Particular Emphasis on Real Property

The article pertains to the problem of making in-kind contributions to partnerships, in whose case – as entities endowed with legal capacity but lacking legal personality, taking also into account that Polish law does not provide for a „partnership in organization” structure – the aforementioned problem is notoriously controversial. The issue here lies in satisfactorily explaining the mechanism responsible for transferring a contribution to the partnership given that till the moment of entry into the commercial register a partnership does not exist. Moreover, in case of in-kind contributions in the form of real properties or perpetual usufruct rights, there appears the general inadmissibility of these rights being transferred under a condition or with reservation of a time limit, as per Article 157 of the Polish Civil Code. The article critically discusses the most important concepts asserted by Polish jurisprudence and, however sparse, judicature. The author tried also to introduce his own concept of the mechanism of making in-kind contributions to partnerships, one which would combine the perks of previous concepts, but also withstand the constraints of Article 157 of the Polish Civil Code.

Key words: contribution, in-kind contribution, real property, partnerships

Paweł Karkowski¹

Odpowiedzialność cywilna członka zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przypadku niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości

Streszczenie:

Celem niniejszego artykułu jest opisanie podstaw odpowiedzialności cywilnej członka zarządu za zobowiązania spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w przypadku niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. W przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością występują dwie podstawy prawne dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki z o.o. od członków jej zarządu w przypadku jej niewypłacalności: art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 ustawy prawo upadłościowe. W wyniku nowelizacji z dnia 15 maja 2015 r. (Dz.U. 2015 poz. 978) art. 21 ust. 3 został zmodyfikowany i jest on bardzo podobny do art. 299 k.s.h. W moim artykule poddam oba te przepisy głębokiej analizie, wskażę ich podobieństwa i różnice, a także wskażę jakie są konsekwencje praktyczne ich występowania. Zagadnie to jest bardzo ważne z uwagi na doniosłość praktyczną dochodzenia roszczeń wierzycieli spółki z o.o. w przypadku jej niewypłacalności.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność, niewypłacalność, wniosek o ogłoszenie upadłości, członek zarządu, spółka z o.o.

1. Wstęp

Prowadzenie działalności gospodarczej zawsze wiąże się z istnieniem ryzyka poniesienia straty, jednakże aby spółka mogła przetrwać na rynku, konieczne jest osiąganie większych zysków niż strat. Nie zawsze to się udaje i czasami przedsiębiorcy stają się niewypłacalni, co w konsekwencji powoduje konieczność ogłoszenia upadłości tak, aby

¹ Autor jest studentem prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie.

choć częściowo można było zaspokoić wierzycieli. Wierzyciele jednak są zainteresowani dochodzeniem swoich należności w pełnym zakresie, czyli pokryciem szkody, którą ponieśli przez stosunki handlowe ze spółką niewypłacalną. Czasami jest to niemożliwe, ale brak mechanizmów dyscyplinujących osoby prowadzące sprawy spółki prawa handlowego prowadziłyby do patologii oraz niesprawiedliwości. Nie trudno bowiem sobie wyobrazić sytuację w której wspólnicy, którzy jednocześnie prowadzą sprawy spółki, wypłaciliby sobie pieniądze spółki jako wynagrodzenie za pracę, a wierzyciele pozostaliby niezaspokojeni.

W przypadku spółek osobowych sytuacja taka nie będzie miała miejsca, ponieważ zasadą jest, że wspólnicy jednocześnie prowadzą sprawy spółki oraz ponoszą subsydiarną nieograniczoną odpowiedzialność za zobowiązania spółki. Natomiast w przypadku spółek kapitałowych zasadą jest, że wspólnicy ponoszą odpowiedzialność do wysokości wniesionych wkładów. Stąd też w prawie upadłościowym istnieje mechanizm, który ma zabezpieczać sytuację wierzycieli – art. 21 ust. 3 regulujący odpowiedzialność odszkodowawczą za niezłożenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie. W przypadku spółki z o.o. sytuacja jest nadzwyczaj interesująca, ponieważ poza wspomnianym mechanizmem z prawa upadłościowego, istnieje art. 299 k.s.h., który również uprawnia wierzycieli do dochodzenia swoich należności od członków zarządu takowej spółki w przypadku niemożności zaspokojenia swoich wierzytelności z jej majątku.

2. Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości

Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spoczywa na dłużniku za sprawą art. 21 ust. 1 i 2 pr. upad. Stanowi on, że jeżeli dłużnikiem jest m.in. osoba prawna, to osoba uprawniona do prowadzenia spraw dłużnika i do jego reprezentowania jest zobligowana do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie 30 dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości. W przypadku spółki z o.o. takimi osobami będą członkowie zarządu, na których obowiązek taki ciąży samodzielnie, bądź łącznie. Podstawy do ogłoszenia upadłości zostały uregulowane w dziale III ww. ustawy. Stanowi on, że ogłoszenie upadłości powinno być dokonane wtedy, gdy spółka osiągnęła stan niewypłacalności, który określa się jako stan, w którym utraciła ona zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych.

Stan niewypłacalności został szczegółowo ujęty w dwóch aspektach, tj. w aspekcie płynnościowym oraz aspekcie bilansowym (zadłużeniowym)². Aspekt płynnościowy został zdefiniowany jako wzruszalne domniemanie, że dłużnik jest niewypłacalny jeśli jego zaległości w wykonaniu wymagalnych zobowiązań pieniężnych przekraczają trzy miesiące. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu i zdaniem komentatorów zobowiązania muszą być przynajmniej dwa wobec różnych wierzycieli³. Ponadto, jak

² K. Oplustil, *Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego* (cz. 1), Przegląd Prawa Handlowego 2/2016, s. 6.

³ *Ibidem*; wyr. SA w Szczecinie z 9.7.2015 r. (III AUA 877/14, Legalis); R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz. art. 11*, Warszawa 2016, Legalis.

już zostało to zaznaczone, jest to domniemanie wzruszalne tzn. może zostać obalone przez obie strony. Dłużnik może wykazać, że mimo upływu trzymiesięcznego terminu nie stał się niewypłacalny oraz wierzyciel może wykazać, że mimo iż zachowania tego terminu dłużnik powinien wcześniej złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości, ponieważ utracił on zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych⁴. Natomiast aspekt bilansowy wynika z ust. 2 pr. upad. który stanowi, że m.in. osoba prawna jest niewypłacalna jeżeli zobowiązania pieniężne przekraczają wartość jej majątku przez okres dwóch lat. Ustępy 3–7 tegoż artykułu doprecyzowują aspekt bilansowy poprzez określenie m.in. co wlicza się, a co nie do zobowiązań pieniężnych oraz majątku osoby prawnej. Wskazany termin musi zostać zachowany w sposób ciągły co oznacza, że jeśli ten stan zaniknie na pewien czas, to wtedy dochodzi do jego przerwania i zaczyna on biec na nowo⁵.

Przepisy dotyczące obowiązku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości zostały znacząco zmienione przez nowelizację ustawy, która weszła w życie 1 stycznia 2016 roku. „Nowe brzmienie art. 11 jest odpowiedzią ustawodawcy na argumenty, które leżały u podstaw pojawiających się od 2011 r. (...) orzeczeń Sądu Najwyższego”⁶. Już bowiem wcześniej Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach twierdził, że „niewypłacalność dłużnika zachodzi dopiero wtedy, gdy dłużnik z braku środków przez dłuższy czas nie wykonuje części lub całości swoich wymaganych zobowiązań”⁷. Teraz ustawodawca wprost określa co znaczy niewypłacalność poprzez określenie terminów w art. 11 pr. upad. Ponadto zmiana dotknęła również art. 21 ust. 2 określający podmioty zobowiązane do zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości. Poprzez dodanie zwrotu „ma prawo do prowadzenia spraw dłużnika” ustawodawca ostatecznie chciał wyeliminować wątpliwości co do obowiązku prokurenta w tym zakresie⁸, co nie do końca mu się udało, ponieważ prokurent może prowadzić sprawy spółki na podstawie umowy między nim a spółką. Jednakże już na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego dominującym poglądem był brak takiego uprawnienia prokurenta ponieważ „umocowanie prokurenta (...) obejmuje czynności sądowe i pozasądowe związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa a nie z zakończeniem jego działalności, a do tego zmierza wniosek o ogłoszenie upadłości spółki”⁹ i takie stanowisko tym bardziej znajdzie zastosowanie na gruncie znowelizowanej ustawy.

⁴ P. Filipiak [w:] *System Prawa Handlowego, Tom 6, Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, red. A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz, Warszawa 2016, s. 689.

⁵ *Ibidem*, s. 698.

⁶ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. art. 11*, Warszawa 2016, Legalis.

⁷ Wyr. SN z 19.1.2011 r. (V CSK 211/10, Legalis); patrz również: post. SN z 13.4.2011 r. (V CSK 320/10, Legalis) oraz w post. SN z 13.5.2011 r. (V CSK 352/10, Legalis).

⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy – Prawo restrukturyzacyjne, Sejm VII kadencji, druk sejmowy nr 2824, s. 67.

⁹ K. Oplustil, *Obowiązek...* (cz. 1), s. 10.

3. Odpowiedzialność wynikająca z art. 299 k.s.h.

Najczęstszą metodą dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki z o.o. w przypadku jej niewypłacalności jest art. 299 k.s.h.¹⁰ Ustawodawca bowiem zdecydował się w sposób wyjątkowy uregulować kwestię odpowiedzialności za długi spółki z o.o., faworyzując tym samym wierzycieli spółki z o.o. nad wierzycielami spółki akcyjnej. Bowiem k.s.h. nie przewiduje podobnego uregulowania w stosunku do tego typu spółki kapitałowej. Jest to oryginalny pomysł polskiego ustawodawcy wywodzący się jeszcze z kodeksu handlowego (odpowiednik art. 298 k.h.), który stanowi swoistego rodzaju przekłucie tzw. welonu korporacyjnego¹¹. Przed nowelizacją prawa upadłościowego, która weszła w życie 1 stycznia 2016 roku, przepis art. 21 ust 3 pr. upad. był niekorzystny dla wierzycieli przede wszystkim ze względu na konieczność wykazania przez powoda, że dłużnik spóźnił się ze zgłoszeniem wniosku o ogłoszenie upadłości oraz winy dłużnika w tym zakresie¹². Z tego względu wierzyciele zazwyczaj korzystali z art. 299 k.s.h., którego uregulowanie było dla nich dużo korzystniejsze. Stąd też istnieje bogate orzecznictwo Sądu Najwyższego w tym zakresie.

Przepis 299 określa solidarną odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. w przypadku bezskutecznej egzekucji w stosunku do spółki. Jest to bardzo korzystne uregulowanie dla wierzyciela, ponieważ *de facto* musi on tylko przeprowadzić bezskuteczną egzekucję wobec spółki. To członek zarządu będzie mógł zwolnić się z tej odpowiedzialności jeśli wykaże, że złożył wniosek o ogłoszenie upadłości w odpowiednim czasie (także wydano postanowienie o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego albo o zatwierdzeniu układu w postępowaniu w przedmiocie zatwierdzenia układu), nie ponosi winy za niezłożenie wniosku lub niezłożenie wniosku nie spowodowało szkody u wierzyciela.

Odpowiedzialność wynikającą z tego przepisu można scharakteryzować jako osobistą, nieograniczoną i solidarną¹³. Krąg podmiotów został tutaj ograniczony wyraźnie do członków zarządu, a bogata doktryna i orzecznictwo go sprecyzowały. Mianowicie uważa się, że „omawiana odpowiedzialność odnosi się do osoby prawidłowo powołanej na członka zarządu, która pełniła tę funkcję w czasie właściwym dla ogłoszenia upadłości spółki lub wszczęcia postępowania układowego, równocześnie pełniąc tę funkcję w sposób rzeczywisty i nie będąc z niej odwołany”¹⁴. Ma ona również charakter subsydiarny, co polega na konieczności przeprowadzenia bezskutecznej egzekucji z majątku spółki i członek zarządu nie ponosi odpowiedzialności „w sytuacji gdy wierzyciel nie uzyskuje zaspokojenia ze względu na zaniechanie podjęcia egzekucji przeciwko spółce

¹⁰ Został on nieznacznie zmodyfikowany i dostosowany do brzmienia Ustawy Prawo Upadłościowe oraz Ustawy Prawo Restrukturyzacyjne wraz z nowelizacją z dnia 15 maja 2015 r. (Dz.U. 2015 poz. 978), jednakże nie są one przedmiotem rozważań niniejszego artykułu.

¹¹ I. Weiss, A. Szumański [w:] W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 564.

¹² K. Oplustil, *Obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości oraz odpowiedzialność za jego niezłożenie w świetle znowelizowanego prawa upadłościowego (cz. 2)*, Przegląd Prawa Handlowego 3/2016, s. 15.

¹³ T. Siemiątkowski, T. Szczurkowski [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 17A, Prawo spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2015, s. 736.

¹⁴ I. Weiss, A. Szumański, *op.cit.*, s. 565.

w stosownym czasie”¹⁵, aczkolwiek Sąd Najwyższy stwierdził, że nie jest konieczne przeprowadzenie postępowania egzekucyjnego w przypadku, gdy jej bezskuteczność jest oczywista¹⁶. Przesłanką obligatoryjną tego roszczenia jest posiadanie tytułu egzekucyjnego przeciwko spółce, co znacząco przeciąga proces dochodzenia wierzytelności, ponieważ konieczne jest przeprowadzenie odrębnego postępowania przeciwko członkom zarządu¹⁷. Ponadto ważne jest, że członek zarządu, w przypadku spłaty takowej wierzytelności, wchodzi na podstawie art. 518 par. 1 pkt. 1 k.c. w prawa wierzyciela i przysługuje mu roszczenie regresowe do dłużnika, czyli spółki, natomiast nie przysługuje mu regres w stosunku do pozostałych członków zarządu¹⁸.

4. Charakter odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h.

W doktrynie istnieje spór co do charakteru odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h. Część autorów uznaje tę odpowiedzialność za odszkodowawczą z tytułu czynu niedozwolonego, natomiast część twierdzi, że jest to odpowiedzialność gwarancyjna. Zdania komentatorów są mocno podzielone, ale pogląd o odpowiedzialności deliktowej przeważa w orzecznictwie sądowym a o odpowiedzialności gwarancyjnej w doktrynie¹⁹. Największą doniosłość praktyczną powyższy spór ma w zakresie terminów przedawnienia roszczeń z tegoż artykułu. Gdyby przyjąć koncepcję o odpowiedzialności gwarancyjnej, zastosowanie miałyby przepisy ogólne z k.c., które określają dziesięcioletni termin lub trzyletni termin w przypadku przedsiębiorców (art. 118 k.c.) od momentu uzyskania tytułu egzekucyjnego, z zastrzeżeniem art. 125 par. 1 k.c., jeśli tytułem egzekucyjnym byłby (co z reguły ma miejsce) wyrok sądu²⁰. Natomiast przyjmując koncepcję deliktową do odpowiedzialności wynikającej z art. 299 k.s.h. stosowalibyśmy przepisy dot. czynów niedozwolonych z k.c., czyli art. 442 (1) par. 1 lub 2 k.c. Sąd Najwyższy wypowiedział się jednoznacznie w tej kwestii stanowiąc, że do roszczeń z art. 299 k.s.h. „mają zastosowanie przepisy o przedawnieniu roszczeń o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym”²¹.

Poglądy opowiadające się za gwarancyjnym charakterem odpowiedzialności wynikającym z art. 299 k.s.h. nie są jednolite. Jednakże przede wszystkim podnosi się, że świadczy o nim sformułowanie „za jej zobowiązania”²², co ma wyrażać ustawowe przejęcie długu i oznacza przejęcie obowiązku zapłaty części niezaspokojonego długu przez członków zarządu. Bardzo ważne znaczenie ma także subsydiarny charakter tej odpowiedzialności, co według części doktryny determinuje jej gwarancyjny

¹⁵ Wyr. SN z 24.06.2004 r. (III CK 107/03, Legalis).

¹⁶ *Ibidem*, s. 566 oraz wyr. SN z 26.06.2003 r. (V CKN 416/01, Legalis).

¹⁷ Uchwała SN z 9.08.1993 r. (III CZP 116/93, Legalis).

¹⁸ I. Weiss, A. Szumański, *op.cit.*, s. 568.

¹⁹ *Ibidem*, s. 569.

²⁰ T. Siemiątkowski, T. Szczurkowski, *op.cit.*, s. 753.

²¹ Uchwała SN z 7.11.2008 r. (III CZP 72/08, Legalis).

²² Wyr. SN z 6.06.1997 r. (III CKN 65/97, Legalis); wyr. SN z 17.07.1997 r. (III CKN 126/97, Legalis) oraz wyr. SN z 11.10.2000 r. (III CKN 252/00, Legalis).

charakter. Ponadto przesłanka braku szkody z par. 2 nie jest rozumiana jako szkoda w typowym znaczeniu.

Pojęcie szkody występuje tu w znaczeniu odbiegającym od klasycznej cywilistycznej definicji szkody rozumianej jako uszczerbek w prawnie chronionych dobrach, którego miarą jest różnica stanu tych dóbr z czasu poprzedzającego i następującego po zdarzeniu wywołującym szkodę; należy je odnosić do stanu pogorszenia możliwości zaspokojenia wierzyciela z majątku spółki zaistniałego wskutek niezłożenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości²³.

Natomiast na rzecz koncepcji deliktowej tej odpowiedzialności przede wszystkim przemawia przesłanka winy. Jak to zostało słusznie zauważone, zwolennicy koncepcji gwarancyjnej opierają swoje twierdzenia na podstawie art. 299 par. 1 k.s.h., natomiast deliktowej na podstawie art. 299 par. 2 k.s.h.²⁴

5. Odpowiedzialność wynikająca z art. 21 ust. 3 pr. upad.

Art. 21 ust. 3 pr. upad. stanowi, że osoby, które na podstawie ustawy, umowy spółki lub statutu mają prawo do prowadzenia spraw m.in. spółki z o.o. i do jej reprezentowania, ponoszą odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie trzydziestu dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości (została ona określona w dziale III ww. ustawy), chyba, że nie ponoszą winy albo jeżeli obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości powstał w czasie prowadzenia egzekucji przez zarząd przymusowy albo przez sprzedaż przedsiębiorstwa, na podstawie przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w czasie prowadzenia tej egzekucji. Domniemuje się również, że szkodę stanowi wysokość niezaspokojonej wierzytelności wierzyciela wobec dłużnika (m.in. spółki z o.o.).

Jak już wcześniej było zaznaczone, przepis ten przed nowelizacją miał niewielkie znaczenie praktyczne ze względu na niekorzystny układ przesłanek, rozkładu ciężaru dowodu i zasad odpowiedzialności²⁵. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym to na wierzycielu spoczywał obowiązek udowodnienia winy członka zarządu sp. z o.o., szkody poniesionej przez wierzyciela, także niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, który poprzez brak domniemań co do niewypłacalności dłużnika z art. 11 pr. upad. mógł być różnie interpretowany, niekoniecznie na korzyść wierzyciela.

W obecnym stanie prawnym wierzyciel musi wykazać, że dłużnik nie złożył w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości. W tym celu może on skorzystać z obalalnych domniemań, kiedy powstaje na dłużniku taki obowiązek. Jest to 30-dniowy termin od powstania stanu niewypłacalności dłużnika. Jak to jest podnoszone przez niektórych autorów, jest to termin maksymalny, czyli wierzyciel mógłby podnosić, że w szczególnych przypadkach, kiedy niewypłacalność dłużnika jest oczywista,

²³ Wyr. SN z 7.02.207 r. (III CSK 227/06, Legalis).

²⁴ A. Rachwał [w:] *System Prawa Handlowego, Tom 2, Prawo spółek handlowych*, red. S. Włodyka, Warszawa 2012, s. 839-840.

²⁵ K. Oplustil, *Obowiązek...* (cz. 2), s. 15.

dłużnik powinien był ten wniosek zgłosić wcześniej niż tuż przed upływem wspomnianych 30 dni²⁶. Ponadto wierzyciel musi wykazać, że w wyniku niezłożenia wniosku o ogłoszenie upadłości poniósł on szkodę, ale w stosunku do jej wysokości istnieje już domniemanie jej wysokości w postaci wysokości niezaspokojonej wierzytelności. W praktyce implikuje to konieczność wykazania, że dłużnik posiada wierzytelność względem upadłej spółki z o.o. Co do pozostałych kwestii to na członku zarządu upadłej spółki z o.o. będzie spoczywał ciężar dowodu obalenia domniemań zawartych w ustawie pr. upad.

6. Charakter odpowiedzialności wynikającej z art. 21 ust. 3 pr. upad.

Zarówno doktryna jak i orzecznictwo nie mają wątpliwości co do deliktowego charakteru odpowiedzialności wynikającego z art. 21 ust. 3 pr. upad.²⁷ O takim rodzaju odpowiedzialności przesądza samo brzmienie tego przepisu poprzez zawarte w nim sformułowanie chyba, że nie ponosi winy. Ponadto „pomiędzy reprezentantem dłużnika a wierzycielem dłużnika nie zachodzi stosunek zobowiązaniowy”²⁸, a także nie ma podstaw do przyjęcia charakteru gwarancyjnego tej odpowiedzialności. „Jej przesłankami są: szkoda, wina odpowiedzialnych osób oraz związek przyczynowy pomiędzy ich zachowaniem, polegającym na niewykonaniu obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości w przewidzianym terminie, a powstałą szkodą”²⁹. Skoro odpowiedzialność ma charakter deliktowy, to w przypadku odpowiedzialności kilku osób np. kilku członków zarządu spółki z o.o. jest to, na podstawie art. 441 par. 1 k.c., odpowiedzialność solidarna³⁰.

W polskim porządku prawnym przeważa pogląd co do subiektywno-obiektywnego rozumienia winy. Na pojęcie winy składają się dwie przesłanki: obiektywna bezprawność oraz wina rozumiana subiektywnie jako powinność zachowania się w inny sposób, przy możliwości przewidzenia powstania szkody i przeciwdziałania jej wystąpieniu³¹. Jak słusznie wskazuje K. Oplustil, domniemanie winy obejmuje tylko drugą przesłankę winy w rozumieniu subiektywno-obiektywnym³². Jak już to zostało wskazane, wierzyciel musi wskazać bezprawne zachowanie członków zarządu spółki z o.o. jaką jest niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości w terminie, do czego może posłużyć się domniemaniami z art. 11 pr. upad. Natomiast to na członku zarządu spoczywa obowiązek wykazania, że nie ponosi winy *sensu stricto* czyli, że dochował należytej staranności.

²⁶ *Ibidem*, s. 17.

²⁷ Patrz. wyr. SA w Łodzi z 16.09.2015 r., (I ACa 347/15, Legalis); R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz art. 21*, Warszawa 2016, Legalis; K. Oplustil, *Obowiązek...* (cz. 2), s. 16.

²⁸ R. Adamus, *Prawo upadłościowe. Komentarz art. 21...*

²⁹ Wyr. SA w Łodzi z 16.09.2015 r., (I ACa 347/15, Legalis).

³⁰ S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz. art. 21*, Warszawa 2016, Legalis; K. Oplustil, *Obowiązek...* (cz. 2), s. 20.

³¹ E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. art. 415*, Warszawa 2016, Legalis.

³² K. Oplustil, *Obowiązek...* (cz. 2), s. 16.

7. Porównanie wyżej wymienionych zasad odpowiedzialności

Obie powyższe podstawy odpowiedzialności są do siebie bardzo zbliżone. Jeśli by przyjąć, że obie podstawy mają charakter deliktowy, jedyną różnicą mającą znaczenie w praktyce jest fakt, że w przypadku art. 299 trzeba przeprowadzić bezskuteczną w stosunku do spółki, a co za tym idzie również posiadać tytuł egzekucyjny, który będzie sądowym stwierdzeniem roszczenia w stosunku co spółki, natomiast art. 21 ust. 3 pr. upad. tego nie wymaga i możliwe jest wykazanie swojego roszczenia przez wierzyciela w postępowaniu sądowym przeciwko członkom zarządu spółki z o.o. To implikuje różne momenty rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia. W przypadku art. 299 k.s.h. jest to właśnie termin, w którym stwierdzono bezskuteczność egzekucji wobec spółki, natomiast art. 21 ust. 3 pr. upad. jest to 31 dzień od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości³³. Aczkolwiek moim zdaniem, skoro jest termin zawarty w ust. 1 tego artykułu, jest terminem maksymalnym, a ust. 3 odsyła nas do tego terminu, to jest możliwe, że tym razem członek zarządu obali to domniemanie i wykaże, że powinien on być zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości nie czekając do końca tego 30-dniowego terminu tylko z powodu oczywistej niewypłacalności spółki zgłosić wniosek o ogłoszenie upadłości wcześniej i w ten sposób będzie mógł podnieść zarzut przedawnienia.

W obu przepisach istnieje obalalne domniemanie winy oraz w obu, jeżeli *de facto* są spełnione domniemania zawarte w ustawie pr. upad. w art. 11 oraz art. 21 ust. 1, to członek zarządu spółki z o.o. nie odpowiada, chyba że wierzyciel wykaże, że podstawa złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości nastąpiła wcześniej, czyli obali te domniemania. Jeżeli by przyjąć natomiast gwarancyjny charakter odpowiedzialności z art. 299 k.s.h., to różnice występujące w odpowiedzialności na podst. art. 299 k.s.h. i art. 21 ust. 3 pr. upad. polegałyby ponadto na tym samym, co opisane powyżej różnice w punkcie dot. rozważań na temat występujących różnic w samym rozumieniu art. 299 k.s.h. z tego powodu.

8. Zakończenie

Wierzycielowi spółki z o.o. w przypadku jej niewypłacalności przysługują dwie podstawy prawne, na podstawie których może dochodzić odszkodowania, czyli zaspokojenia swojej wierzytelności od członka zarządu spółki z o.o. – art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 pr. upad. Art. 299 k.s.h. istnieje w polskim porządku prawnym od dłuższego czasu i na jego tle wykształciło się bogate orzecznictwo. Natomiast art. 21 ust. 3 pr. upad. przed nowelizacją był przepisem praktycznie nieużywanym z powodu bardzo niekorzystnych dla wierzyciela przesłanek. Musiał on wykazać wszystkie przesłanki tej odpowiedzialności, gdyż to na nim spoczywał ciężar dowodu. W obecnym stanie prawnym ustawodawca wprowadził domniemania prawne na korzyść wierzyciela i częściowo przeniósł ciężar dowodu na członków zarządu. W wyniku tych zmian zasady odpowiedzialności wynikający z obydwu podstaw prawnych są bardzo podobne, jeśli nie prawie identyczne.

³³ *Ibidem*, s. 22.

Z tego powodu, w mojej ocenie, w obowiązującym stanie prawnym nie istnieje potrzeba utrzymywania dwóch takich samych podstaw prawnych, gdyż niepotrzebnie mnoży to tylko byty prawne. W polskiej tradycji prawnej praktycznie od początku, czyli od wprowadzenia kodeksu handlowego w 1934 r., istniał odpowiednik art. 299 k.s.h. stanowiący specjalną formę zaspokajania roszczeń wierzycieli spółki z o.o., jednakże w mojej ocenie nie ma potrzeby traktowania spółki z o.o. w wyjątkowy sposób w porównaniu ze spółką akcyjną. Obie te formy prowadzenia działalności gospodarczej są spółkami kapitałowymi z czego wynika, że ewentualna odpowiedzialność osób fizycznych za ich zobowiązania powinna być ograniczona do wyjątkowych przypadków. W obecnym stanie prawnym możliwości dochodzenia roszczeń od spółek kapitałowych zostały w praktyce ujednolicone, co należy oceniać pozytywnie. Jednakże należałoby się zastanowić, czy zarówno art. 299 k.s.h., jak i art. 21 ust. 3 pr. upad. nie daje zbyt szerokich uprawnień wierzycielom tych spółek w stosunku do ich członków zarządów jako odpowiedzialności, która powinna, w mojej ocenie, być zredukowana do minimum ze względu na naturę tych podmiotów.

W mojej opinii art. 299 k.s.h. nie jest dłużej potrzebny w polskim porządku prawnym, a jego wypracowany dorobek możemy przenieść na grunt art. 21 ust. 3 pr. upad. ze względu na bardzo podobny zakres odpowiedzialności. Miałoby to również pozytywny efekt ze względu na spory powstałe na tle tego przepisu co do jego charakteru, które nie występują na gruncie podstawy prawnej wynikającej z ustawy pr. upad. Ewentualnie, jakby ustawodawca chciałby nadać spółce z o.o. wyjątkowy charakter (spółka ta posiada różne cechy należące z natury do spółki osobowej), mógłby derogować art. 21 ust. 3, co by ograniczało zakres odpowiedzialności członków zarządu spółki jedynie do spółki z o.o. Jednakże wydaje mi się, że nie było by to dobre rozwiązanie i należy z ww. powodów derogować art. 299 k.s.h.

* * *

Civil Liability of a Member of the Board of Directors for Liabilities of a Limited Liability Company in the Event of Failure to File a Petition for Insolvency

The purpose of this article is to describe the civil liability of a limited liability company member of a board for the debts of the company in the event of failure to file a petition for insolvency in time. In the case of this type of company, the creditors have two legal bases to claim from its board members in case of insolvency: art. 299 of the Polish Commercial Code and art. 21 sec. 3 of the Insolvency Law. As a result of the amendment of 15 May 2015 art. 21 sec. 3 of the Insolvency Law has been modified and it became very similar to art. 299 of the Polish Commercial Code. In my article, I will deeply analyze both of these rules, I will show their similarities and differences, and I will also indicate the legal consequences of their occurrence. This is very important topic because of the practical importance of the limited liability company creditors' claims in case of insolvency.

Key words: liability, petition for insolvency, member of a board, limited liability company

Piotr Artur Olechowski¹

Prawo cytatu na tle prawnoporównawczym

Streszczenie:

Artykuł ma na celu syntetyczne przedstawienie prawa cytatu na gruncie różnych porządków prawnych. Autor przedstawia tę regulację w prawie francuskim, niemieckim, Wielkiej Brytanii, a także Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej. Przepisy regulujące prawo cytatu we Francji i Niemczech zostają poddane próbie porównania z tymi, występującymi w polskiej ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Porządek prawny dotyczący cytatu Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej został przedstawiony autonomicznie ze względu na zupełnie odmienny system *common law*.

Słowa kluczowe: cytat, prawo autorskie, prawo cytatu, komparatystyka

1. Wstęp

Przedmiotem artykułu jest prawo cytatu na tle prawnoporównawczym. Niewielka liczba prac naukowych, a także orzeczeń nawiązujących do tego zagadnienia w prawie polskim wręcz zachęca do przeprowadzenia badań w tym przedmiocie. Studiowanie zagranicznego ustawodawstwa oraz judykatury może okazać się bardzo pomocne przy wykładni norm prawnych funkcjonujących na gruncie prawa polskiego². Ponadto nie można pominąć znaczenia komparatystyki dla implementowania innych instytucji prawnych lub też derogowania rozwiązań, które w innych systemach prawnych się nie sprawdzają.

Dla jasności wyводу warto zauważyć, że zbliżone konstrukcje prawa cytatu w poszczególnych porządkach prawnych pozwalają na rekonstruowanie jego istoty w Polsce

¹ Autor jest studentem Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² L. Małek, *Cytat w świetle prawa autorskiego*, Warszawa 2011, s. 157.

na podstawie zagranicznych rozwiązań. Zestawianie ze sobą różnie brzmiących przepisów pozwala ocenić, które z nich są bardziej efektywne, a także które uwzględniają w sposób prawidłowy zarówno interesy beneficjentów postanowień o dozwolonym użytku osobistym, jak i uprawnionych.

W artykule zostają podniesione kwestie związane z wykładnią przesłanek występujących w polskim prawie cytatu oraz ich ujmowanie w zagranicznych porządkach prawnych. Są to przede wszystkim kwestie samoistności dzieła cytującego, ujawnienie utworu cytowanego oraz określenie kategorii dzieł, jakie mogą być cytowane. Wszystkie powyższe problemy są kluczowe dla zgodnego z prawem korzystania z dozwolonego użytku w postaci prawa cytatu.

2. Prawno-porównawcza analiza prawa cytatu we francuskim i polskim porządku prawnym

Prawo francuskie reguluje ustawa o prawie własności intelektualnej w kodeksie z 1 lipca 1992 r.³ Jak wskazuje oficjalna strona WIPO⁴, przedmiotem uregulowania powyższej ustawy są m.in.: metody alternatywnego rozwiązywania sporów, prawo konkurencji, prawo autorskie i prawa pokrewne, prawo znaków towarowych, prawo patentowe, prawo wzorów użytkowych, prawo wzorów przemysłowych itd. Już pobieżne przyjrzenie się tej ustawie nasuwa refleksję, że jest to odmienny sposób regulacji od wybranego przez polskiego prawodawcę. Całościowe uregulowanie kwestii związanych z prawem własności intelektualnej wydaje się zabiegiem prawidłowym i jak najbardziej wskazanym. Moim zdaniem, kompleksowe podejście do kwestii uregulowania danej gałęzi prawa w jednym akcie prawnym spełnia funkcję informacyjną kodeksu. Dzięki takiemu zabiegowi można zorientować się w stanie prawnym, jaki istnieje w danej gałęzi prawa.

Prawo cytatu zostało uregulowane we wspomnianym kodeksie⁵ w art. L. 122-5 (3) (a)⁶. Powyższy przepis⁷ literalnie wskazuje, że autor, którego dzieło zostało raz ujawnione,

³ Podaje za: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=14082>, 06.07.2017.

⁴ WIPO – World Intellectual Property Organization.

⁵ Kodeks własności intelektualnej Francji – ustawa nr 92-597 z dnia 1 lipca 1992 r., opublikowana w Dzienniku Urzędowym Francji w dniu 3 lipca 1992 r.

⁶ https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1959/13723/version/3/.../Code_35.pdf, 06.07.2017.

⁷ Article L122-5

3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source:

- a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'oeuvre à laquelle elles sont incorporées;
- b) Les revues de presse;
- c) La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles;
- d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'oeuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire effectuée en France pour les exemplaires mis à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les oeuvres d'art mises en vente;
- e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'oeuvres, sous réserve des oeuvres conçues à des fins pédagogiques, des partitions de musique et des oeuvres réalisées pour une édition numérique de l'écrit,

nie może zakazać prowadzenia analizy i krótkich cytowań, które to są uzasadnione ze względu na krytykę, polemikę, edukację, naukowe oraz informacyjne właściwości utworu, w którym cytat został zamieszczony. Warunkiem legalnego korzystania z tego przepisu jest oznaczenie autora oraz źródła, z którego zaczerpnięto cytat.

Na pierwszy rzut oka widzimy, że przepis we francuskiej ustawie nie jest tak dookreślony, jak przewiduje ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁸. Polski prawodawca w art. 29 pr. aut. posługuje się przesłankami, które nie sposób znaleźć w jej francuskim odpowiedniku. Różnice, które się nasuwają przede wszystkim, to brak odniesienia się we Francji do wymogu samoistności dzieła, w którym cytat ma się pojawić. Samoistność na gruncie polskiego porządku prawnego oznacza, że dzieło cytujące jest twórcze i oryginalne, niezależnie od umieszczonych w nim cytatów⁹. Oznacza to, że cytować można tylko we własnym utworze w rozumieniu prawa autorskiego. „Jeśli brak własnej twórczości, to brak również uzasadnienia dla ograniczenia cudzych praw autorskich”¹⁰. Brak tej przesłanki we francuskim porządku prawnym mógłby prowadzić do podzielenia stanowiska akceptującego cytowanie w dziele, które nie spełnia przesłanek utworu. Takie rozumowanie w mojej ocenie nie wydaje się trafne ze względów funkcjonalnych. Dozwolony użytek jest ograniczeniem autorskich praw majątkowych twórców, podyktowanych ważnymi społecznie, edukacyjnie, kulturalnie itd. względami. Możliwość wykorzystania cytatu w dziele niebędącym utworem nie sposób obronić, ponieważ brak powodów, dla których miałyby się ograniczać prawa twórców.

Następną odmiennością jest różnica pomiędzy „ujawnieniem”¹¹ we Francji a „rozpowszechnieniem” w Polsce. Ujawnienie może być rozumiane jak przesłanka ustalenia z art. 1 pr. aut. Ustalenie to uzewnętrznienie utworu wobec osób trzecich¹². Rozpowszechnienie to zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt. 3 pr. aut. „utwór, który za zezwoleniem

à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, à l'exclusion de toute activité ludique ou récréative, dès lors que le public auquel cette représentation ou cette reproduction est destinée est composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés, que l'utilisation de cette représentation ou cette reproduction ne donne lieu à aucune exploitation commerciale et qu'elle est compensée par une rémunération négociée sur une base forfaitaire sans préjudice de la cession du droit de reproduction par reprographie mentionnée à l'article L. 122-10; 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre;

5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat;

⁸ Ustawa z 4.02.1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 666), dalej, jako pr. aut.

⁹ P. Ślęzak, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2017, komentarz do art. 29 pr. aut., Legalis.

¹⁰ E. Traple [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, 2011, s. 268.

¹¹ Zgodnie z literalnym tłumaczeniem za: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1959/13723/version/3/.../Code_35.pdf, 06.07.2017.

¹² Por. E. Ferenc-Szydełko [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa 2016, komentarz do art. 1 pr. aut., Legalis; S. Stanisławska-Kloc, *Zasady wykorzystywania cudzych utworów: prawo autorskie i dobre obyczaje (etyka cytatu)*, http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl/serwis/pdf/diam19_stanislawskakloc.PDF, 06.07.2017, s. 166-167; L. Małek, *Cytat...*, s. 245-250.

twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie”. Różnice ustalenia i rozpowszechnienia, jak się wydaje, należy wyłapywać na płaszczyźnie ilościowej. Mam tutaj na myśli krąg osób, w stosunku do których następuje uzewnętrznienie utworu. Niewątpliwie dla ustalenia utworu wystarczy uzewnętrznienie go wobec jednej osoby, natomiast rozpowszechnienie wymaga udostępnienia publicznego, rozumianego już jako wobec pewnej grupy osób. Na pewno bardziej szczęśliwym ujęciem tej przesłanki jest ujawnienie, ponieważ nie widzę powodów, dla których utwór musiałby być rozpowszechniony, czyli uzewnętrzniony większej grupie, aby mógł być cytowany.

Zauważenia wymaga także fakt bardziej kazuistycznej klasyfikacji utworów, które mogą być cytowane w polskiej ustawie o prawie autorskim. Art. 29 pr. aut. statuuje, że można przytaczać „urywki rozpowszechnionych utworów oraz rozpowszechnione utwory plastyczne, utwory fotograficzne lub drobne utwory w całości”. Uważam, że polska regulacja jest trafniejsza. Pominięcie we francuskim porządku wyrażenia *expressis verbis* możliwości cytowania drobnych utworów w całości jest błędne. Jak najbardziej można zacytować cały utwór i wcale nie musi to implikować naruszenia autorskich praw majątkowych. Analiza orzecznictwa wskazuje, że nawet cały utwór może być wtopiony w dzieło, jeżeli pozostaje w takiej proporcji do wkładu twórczości własnej, aby nie było wątpliwości, co do tego, że powstało własne dzieło¹³.

Ponadto należy wskazać, że w odniesieniu do parodii, pastiszu i karykatury przepisy prawne są zbieżne. Chodzi tutaj o art. 29¹ pr. aut. oraz art. L. 122-5 (4) francuskiej ustawy.

Zgodnie z ustawą z 2015 r.¹⁴ dodany został przepis z art. 29² pr. aut. „umożliwiającego korzystanie z utworu przez incydentalne i niezamierzone włączenie go do innego utworu”¹⁵. Tożsamy przepis nie został zawarty we francuskiej ustawie, co należy poczytywać za uchybienie implantacji dyrektywy 2001/29/WE¹⁶.

3. Prawno-porównawcza analiza prawa cytatu w niemieckim i polskim porządku prawnym

Prawo autorskie w Niemczech reguluje ustawa z dnia 9 września 1965 r.¹⁷, która weszła w życie 1 stycznia 1966 r. Kwestię cytatu reguluje art. 51 UrhG¹⁸. Przepis statuuje możliwość reprodukcji, rozpowszechniania i publicznego udostępniania

¹³ Wyrok SN z dnia 23.11.2004, sygn. I CK 232/04, OSNC 2005, Nr 11, poz. 195.

¹⁴ Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz ustawy o grach hazardowych (tekst jedn.: Dz.U. 2015 poz. 1639), dalej, jako: ZmPrAut.

¹⁵ P. Ślęzak, *Ustawa...*, Warszawa 2017, komentarz do art. 29² pr. aut., Legalis.

¹⁶ Dyrektywa 2001/29/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 maja 2001 r. w sprawie harmonizacji niektórych aspektów praw autorskich i pokrewnych w społeczeństwie informacyjnym z dnia 22 maja 2001 r. (Dz.Ur.UE.L Nr 167, s. 10).

¹⁷ Podaję za: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1034>, 07.07.2017.

¹⁸ Korzystam z angielskiego tłumaczenia niemieckiej ustawy, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html#p0284, 07.07.2017; ustawa z dnia 9 września 1965 r. o prawie autorskim i prawa pokrewnych; weszła w życie w dniu 1 stycznia 1966 r.; dalej: UrhG;

opublikowanego utworu w celu cytowania, o ile takie cytowanie jest uzasadnione w danych okolicznościach konkretnym celem. Ponadto ustawodawca niemiecki podaje przykładowy katalog legalnego korzystania z cytatu, w którym to wyraża *expressis verbis* trzy postacie legalnego korzystania z cytatu. Po pierwsze, wolno cytować utwór już opublikowany w innym niezależnym dziele naukowym, jeżeli jest to uzasadnione celem wyjaśnienia treści dzieła cytującego. Po drugie, wolno cytować fragmenty opublikowanego utworu w innym niezależnym dziele literackim. Po trzecie, wolno cytować fragmenty z wydanego dzieła muzycznego w innym niezależnym utworze. Tłumaczenie i wykładnia przepisu dotyczącego prawa cytatu w niemieckim porządku prawnym nasuwa wiele wątpliwości. Nie zgadzam się z L. Małkiem, który twierdzi, że na gruncie prawa niemieckiego „zagadnienie cytatu uregulowano przy zastosowaniu, jak się wydaje, archaicznego kryterium dziedziny twórczości, uzależniając sposób oraz zakres przytaczania urywków utworu lub nawet danego dzieła w całości, od rodzaju utworu, w którym ma znaleźć się fragment innego”¹⁹. Podane trzy przykłady legalnego stosowania cytatu stanowią jedynie uzupełnienie ogólnej zasady wyrażonej w tym przepisie. O otwartości katalogu decyduje zwrot „w szczególności”. Nie sposób podzielić poglądu wyodrębniającego tylko trzy grupy cytatów dozwolonych przez prawo. Przykładowy katalog ma jedynie ukierunkowywać i podawać najbardziej doniosłe przypadki korzystania z prawa cytatu.

Analizując i przystawiając niemiecką regulację do polskiej można zauważyć parę odmienności. Przede wszystkim można cytować jedynie utwory wcześniej opublikowane. Na pierwszy rzut ta regulacja wydaje się odmienna od polskiej, jednakże już art. 6 (1) UrhG zawiera legalną definicję opublikowania. Zgodnie z tym artykułem utwór opublikowany to taki, który został udostępniony publicznie za zgodą twórcy. Widzimy, że ta regulacja jest tożsama z pr. aut.

Ogólna norma wynikająca z art. 51 UrhG mówi o możliwości cytowania opublikowanych²⁰ utworów, jeżeli jest to uzasadnione konkretnym celem. Regulacja jest bardzo podobna do występującej w pr. aut. Co ciekawe, przepis wprost w katalogu odwołuje się do tzw. cytatu muzycznego. Jest to przejaw „silnej ochrony melodii” (starker Melodien-schutz) o normatywnej podstawie w art. 24 (2) UrhG. Ten przepis deklaruje brak możliwości stosowania niemieckiej klauzuli generalnej dozwolonego użytku do utworów muzycznych²¹.

§ 51 Zitate

Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn

1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,
2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden,
3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden..

¹⁹ L. Małek, *Cytat...*, s. 159.

²⁰ Opublikowanie jest tożsame z rozpowszechnieniem na gruncie pr. aut.

²¹ Por. L. Małek, *Cytat...*, s. 160–161.

4. Prawo cytatu w brytyjskim porządku prawnym

W Wielkiej Brytanii prawo autorskie zostało uregulowane w ustawie z dnia 15 listopada 1988 r.²² Na wstępie należy zauważyć, że system *common law* zawiera znaczące odrębności w stosunku do systemu kontynentalnego. Powoduje to stan, w którym wszelkie odnoszenie się do polskiego porządku prawnego powinno być czynione ze wszelkich miar z wielką dbałością o szczegóły.

Przepisem, który reguluje prawo cytatu, jest art. 30 CDaP²³. Odnosi się on to tzw. *fair dealing*, które należy tłumaczyć, jako uczciwe postępowanie. Powyższy przepis uprawnia do wykorzystania utworu w celu krytyki bądź omówienia (recenzji). Co istotne, brytyjska ustawa wymaga, aby wykorzystanie utworu było połączone z odpowiednim (wystarczającym) potwierdzeniem, chyba że byłoby to niemożliwe ze względów praktycznych lub z innych względów. Jak się wydaje, chodzi o odpowiednią wiedzę twórcy, chociaż w większości przypadków ze względów oczywistych będzie możliwe powołanie się na niemożliwość lub nieracjonalność uzyskania takiej zgody. W 2003 roku prawodawca brytyjski uzupełnił art. 30 CDaP o konieczność wcześniejszego udostępnienia publicznego utworu cytowanego.

W węższym rozumieniu prawo cytatu *explicite* reguluje art. 30 (1ZA) CDaP. Cytat nie narusza autorskich praw twórcy, jeżeli utwór cytowany był udostępniony publicznie, cytujący uczciwie postępuje (*fair dealing*), wielkość cytatu jest adekwatna do potrzeby, jaki rysuje cel jego użycia, cytatorowi towarzyszy odpowiednie potwierdzenie (*sufficient acknowledgement*).

Jak wskazuje L. Małek, brytyjska ustawa nie wprowadza ograniczeń w zakresie rozmiaru wykorzystanego utworu²⁴. Nie jest to do końca prawda, ponieważ jak wykazałem wcześniej, pośrednio poprzez art. 30 (1ZA) (c) cytat jest ograniczony do wielkości, jaka jest niezbędna, aby było to uzasadnione celem jego wykorzystania.

Należy zwrócić uwagę na rolę klauzuli generalnej *fair dealing*, która *prima facie* może wydawać się podobna do doktryny *fair use* w USA. W przeciwieństwie do porządku prawnego w USA, tak naprawdę prawo cytatu w Wielkiej Brytanii jest bardziej

²² Ustawa z dnia 15 listopada 1988 r. o prawie autorskim, wzorach przemysłowych i patentach; dalej: CDaP; korzystam z <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>, 07.07.2017.

²³ 30 Criticism, review, quotation and news reporting

(1) Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise) and provided that the work has been made available to the public.

(1ZA)

Copyright in a work is not infringed by the use of a quotation from the work (whether for criticism or review or otherwise) provided that

(a) the work has been made available to the public,

(b) the use of the quotation is fair dealing with the work,

(c) the extent of the quotation is no more than is required by the specific purpose for which it is used, and

(d) the quotation is accompanied by a sufficient acknowledgement (unless this would be impossible for reasons of practicality or otherwise).

²⁴ L. Małek, *Cytat ...*, s. 163.

oddalone od niego niż zbliżone²⁵. W tym miejscu powinno się chociaż zaznaczyć aspekt procesowy różniący *fair dealing* od *fair use*. W przypadku regulacji brytyjskiej, naruszający autorskie prawa musi wykazać, że działał w zakresie dopuszczalnym przez przepisy statuujące dozwolony użytek. Chodzi tutaj o wskazanie konkretnej postaci wykorzystania chronionego dzieła, na które pozwalają przepisy ograniczające autorskie prawa twórcy. W porządku prawnym USA występuje otwarty katalog dozwolonego użytku, który nie jest ostry i pozwala na większą elastyczność obrony procesowej pozwanego²⁶.

5. Prawo cytatu w amerykańskim porządku prawnym

Prawo autorskie w Stanach Zjednoczonych zostało uregulowane w ustawie z 19 października 1976 r.²⁷ Przepisem, który reguluje dozwolony użytek, jest art. 107 USC²⁸. W amerykańskim porządku prawnym nie ma przepisu, który odnosiłby się *expressis verbis* do prawa cytatu. W tym zakresie mają zastosowanie reguły ogólne zawarte w wyżej wymienionym przepisie²⁹. *Fair use*³⁰ stanowi o możliwości korzystania z utworu chronionego przez prawo autorskie pod warunkiem, że cel wykorzystania jest zgodny z krytyką, komentowaniem, przedstawianiem wiadomości, nauczaniem, badaniem. Czynniki, które wpływają na ocenę zachowania jako zgodnego lub nie z uczciwym korzystaniem, to: cel i charakter wykorzystania (zawiera się w tym ocena, czy korzystanie ma ekonomiczne podłoże), charakter utworu cytowanego, relacja wielkości i jakości, jaka zostaje przejęta do utworu cytującego, potencjalna szkoda,

²⁵ Tak też: *ibidem*, s. 161.

²⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Fair_dealing_in_United_Kingdom_law, 07.07.2017.

²⁷ Ustawa z dnia 19 października 1976 r. o prawie autorskim, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 1978; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/107>; dalej: USC.

²⁸ 17 U.S. Code § 107 – Limitations on exclusive rights: Fair use Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

²⁹ L. Małek, *Cytat...*, s. 168–169.

³⁰ Por. P. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105 (1990); *Fair use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982); *Copy this Essay: How Fair Use Doctrine Harms Free Speech and How Copying Serves It*, 114 Yale L.J. 535 (Dec. 2004).

jaka może zaistnieć u twórcy z powodu wykorzystania utworu w dziele cytującym. Dwie ostatnie okoliczności łatwo powiązać z wymogiem występującym w polskim porządku prawnym, który uznaje cytat za niedopuszczalny, jeżeli może on prowadzić do zastąpienia konieczności zapoznania się z dziełem wyjściowym. Taka sytuacja ma miejsce, gdy cytat jest tak obszerny i sam w sobie wnosi taką wartość merytoryczną, która porusza wszystkie istotne kwestie utworu cytowanego. Ze względu na system prawny, który funkcjonuje w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej, nie do przecenienia są orzeczenia tamtejszych sądów, które mogą wpływać na rozumienie istoty dozwolonego użytku. Niewątpliwie niektóre z nich mogą być pomocne w wykładni polskich instytucji występujących w ramach dozwolonego użytku, w tym w prawie cytatu³¹.

6. Podsumowanie

Syntetyczna forma pracy i jej objętość nie pozwala na szczegółowe rozważanie wszystkich kwestii, jednakże spojrzenie na charakter normatywny przepisów regulujących prawo cytatu we Francji, Niemczech, Wielkiej Brytanii i USA pozwala na parę refleksji istotnych z punktu widzenia polskiego porządku prawnego. Należy zwrócić uwagę na dosyć jednolitą regulację przepisów o prawie cytatu na gruncie systemów prawa kontynentalnego. Niewielkie różnice występujące pomiędzy poszczególnymi porządkami mają marginalne znaczenie dla całości regulacji. Ponadto przedstawione systemy *common law* w Wielkiej Brytanii oraz USA odznaczają się dosyć zbliżoną regulacją normatywną. Jedynie w porządku prawnym USA nie dostrzeżemy przepisów odnoszących się wprost do prawa cytatu. Jest to spowodowane klauzulą generalną *fair use*. Co istotne i dosyć osobliwe na tle omawianych regulacji, to bezpośrednie wskazanie na tzw. cytat muzyczny w prawie niemieckim. Mocna ochrona utworu muzycznego w ramach UrhG została osłabiona przez postanowienia prawa cytatu dotyczących dzieła muzycznego. Przedstawione problemy związane z przesłankami prawa cytatu są rozstrzygane w poszczególnych porządkach prawnych w sposób zbliżony. Można wskazać na tak samo rozumianą samoistość utworu cytującego, czy legalność cytowania drobnych utworów. Brak wyrażenia *expressis verbis* w tekście ustawy rzeczonych przesłanek nie wpływa na odmienną ocenę prawa cytatu.

Finalizując powyższe rozważania trzeba podnieść, że prawo cytatu zostało w sposób kompleksowy i prawidłowy ujęte w pr. aut. Zarówno precyzyjne zakreszenie granic, jak i objęcie tą regulacją wszystkich istotnych przesłanek należy ocenić pozytywnie. Dodanie przez ostatnią nowelizację dodatkowych przesłanek również rzuca nowe światło na ten przepis, który staje się bardziej dookreślony i spełniający kryteria dobrej legislacji.

³¹ Ze względu na objętość opracowania nie sposób przeprowadzić rzetelnego i kompletnego przeglądu orzeczeń sądów USA, w tym Sądu Najwyższego.

* * *

Citation Law on a Comparative Background

The article aims to synthesize the representation of the right of quotation on the basis of different legal orders. The author presents this regulation in French, German, British and United States law. The provisions governing the right of quotation in France and Germany are subject to comparison with those of the Polish Copyright and Related Rights Act. The legal order relating to the United Kingdom and United States citation was presented autonomously for the sake of a completely different common law system

Key words: quote, copyright law, citation law, comparative

mgr Bartłomiej Pyka, mgr Monika Utracka¹

Ustanowienie trustu w drodze testamentu – próba określenia prawa właściwego oraz dopuszczalności w świetle księgi czwartej kodeksu cywilnego

Streszczenie:

Artykuł dotyczy problematyki dopuszczalności ustanowienia trustu w drodze testamentu. Składa się on z dwóch części. Zasadnicza część artykułu dotyczy prawa prywatnego międzynarodowego, wskazuje na brak w polskim systemie prawa normy kolizyjnej dotyczącej trustów, a w dalszej kolejności stanowi próbę wypełnienia owej luki. W tym zakresie, na podstawie opisanej konstrukcji trustu, dokonywana jest próba określenia statutu prawa, a w dalszej kolejności wskazanie odpowiedniej regulacji wskutek określenia statutu. Artykuł oparty jest, z uwagi na brak wypracowanego orzecznictwa i praktyki, na dorobku piśmienniczym. Druga część artykułu bazuje natomiast na polskim prawie cywilnym i jej celem jest rozgraniczenie sytuacji, w których trust może być w świetle kodeksu cywilnego ustanowiony w drodze testamentu w świetle zakazu podstawienia powierniczego oraz ustanowienia spadkobiercy pod warunkiem, czy zastrzeżeniem terminu. Celem artykułu jest wskazanie na istnienie problematyczności ustanowienia trustu w drodze testamentu i zasygnalizowanie potrzeby uregulowania owej kwestii.

Słowa kluczowe: trust, prawo właściwe, normy kolizyjne, wybór prawa, klauzula najściślejszego związku, konwencja haska, prawo unijne, prawo spadkowe, zakaz podstawienia powierniczego

¹ Absolwenci prawa Wydziału Prawa i Administracji UJ.

I. Wstęp

Kwestie związane ze stosowaniem prawa prywatnego międzynarodowego w pracy polskiego prawnika mają bardzo często dwojaki, czasem wręcz skrajnie dychotomiczny charakter. W pierwszym układzie, tym przeważającym, będą się cechować dużym automatyzmem i tym samym brakiem problemów w zakresie odnalezienia prawa właściwego, w praktyce gros sytuacji dotyczącej sytuacji z potencjalnym zaistnieniem kolizji prawa dotyczyć będzie stosunków handlowych, co pozwala na zastosowanie wyboru prawa, a jak wskazują realia, strony skwapliwie korzystają z tego przywileju. Umieszczenie w umowie wyboru prawa w wypadku umów z elementem transgranicznym jest w zasadzie równie powszechne co wskazanie sądu właściwego na podstawie 46 k.p.c. Nawet w wypadku braku wyboru prawa, kolejny łącznik w postaci oceny charakterystycznego świadczenia w najczęściej zawieranych umowach typu sprzedaż, zlecenie czy dzieło nie nastrocza niemalże nigdy poważnych trudności. Odmienny charakter mają sprawy dotyczące stanów faktycznych, w których w tle pojawia się instytucja swoista dla danego prawa, zwłaszcza jeśli pochodzi z obcego i dla większości polskich prawników niezrozumiałego, na poziomie praktyki systemu *common law*. Natomiast w zasadzie całkowitą niepewność wywołuje sytuacja, w której pojawia się instytucja co do której brak jest wyraźnego wskazania normy kolizyjnej. Instytucje posiadające wspomniane powyżej cechy stanowią więc, w mojej opinii, najciekawszy element prawa prywatnego międzynarodowego, stąd też wybór niniejszego tematu. Poniższy temat nie posiada na obecną chwilę dorobku orzeczniczego, a dorobek piśmienniczy ogranicza się w zasadzie do jednego autora, dr. M. de Abgaro Zachariasiewicza.

Trust nie daje się precyzyjnie i łatwo zdefiniować, łatwiej wymienić jest jego cechy, jednakże na potrzeby wstępu należy wskazać, iż pod trustem najogólniej rozumie się stosunek prawny powstały wskutek jednostronnej czynności prawnej, w którym to własność zostaje najpierw wyodrębniona, a w dalszym ciągu przeniesiona przez ustanawiającego (*settlor*) na powiernika (*trustee*). Ustanawiający w akcie statutowym określa również cel, dla którego ustanowiono trust, sposób jego zarządzania oraz zasady na jakich warunkach korzyści mają przypadać określönemu podmiotowi lub podmiotom. Prawnym właścicielem rzeczy jest co prawda powiernik, aczkolwiek beneficjentowi przysługuje tzw. *equitable ownership*, wiąże się ono z prawem do otrzymywania określonych benefitów oraz roszczeniem przeciwko powiernikowi, który dopuścił się do naruszenia majątku trustu, wskutek niezgodnego z czynnością ustanawiającą trust zarządu. Dochodzi przy tym niejako do rozszczepienia własności². Nie analizując problematyki różnorodności trustów wskazać należy, iż ich wspólną cechą jest trójpodmiotowy układ, wyodrębnienie majątku w drodze jednostronnej czynności prawnej, choć w swych cechach zbliżonej do umowy, przekazanie majątku powiernikowi, istnienie podzielonej własności, istnienie szczególnej ochrony prawnej majątku wobec wierzycieli powiernika, brak zdolności prawnej trustu oraz szczególna wiązka uprawnień beneficjenta. Wracając do treści tematu artykułu, rozstrzygnięcie możliwości ustanowienia

² P. Stec, *O anglosaskim i kontynentalnym rozumieniu powiernictwa*, Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego 1/2003, s. 10.

trustu w drodze testamentu odbywać się będzie dwustopniowo. W pierwszej kolejności należy dokonać analizy pod kątem wskazania prawa właściwego, następnym krokiem będzie natomiast określenie, czy jeśli właściwym prawem jest prawo polskie, to czy ustanowienie trustu w testamencie nie jest w świetle polskiego kodeksu cywilnego sprzeczne z prawem, zwłaszcza mając na uwadze treść 962 oraz 964 k.c.

II. Poszukiwanie prawa właściwego

Polski system prawa prywatnego międzynarodowego, co oczywiście jest swoiste dla owej dziedziny, charakteryzuje się rozbudowanym i wielopłaszczyznowym układem źródeł prawa, stąd potrzeba sięgnięcia nie tylko do ustawy prawo prywatne międzynarodowe³, lecz także do tzw. rozporządzenia Rzym I⁴, rozporządzenia spadkowego⁵ oraz pomocniczo do konwencji haskiej o prawie właściwym dla trustów i ich uznawaniu z roku 1985⁶. Niestety Polska nie jest stroną wspomnianej konwencji haskiej, co zamyka drogę do jednoznacznego i automatycznego rozstrzygnięcia kwestii łącznika, jednakże postanowienia konwencji występować będą w dalszej części artykułu z uwagi na ich przydatność jako pewnego komentarza wobec luki systemu prawa. Analizę rozpocząć należy od podstawowego rozstrzygnięcia, to jest określenia statutu prawa właściwego dla trustu ustanowionego w testamencie. W tym miejscu zasadniczo istnieją aż trzy możliwe ujęcia, albowiem trust jako instytucja prawna nie jest jednolity, wymyka się jednoznacznej klasyfikacji. Rozważyć należy trzy możliwe statuty:

- a) statut spadkowy,
- b) statut prawa zobowiązań,
- c) statut właściwy dla osób prawnych.

Pierwszy z nich uchodzi nijako za najbardziej klasyczny⁷; skoro trust ustanowiony jest w formie testamentu i skutki związane są z momentem śmierci wydawać się może, iż stanowi on w zasadzie instytucję prawa spadkowego. Jednakże argumentacja ta wydaje się nie być do końca przekonująca; po pierwsze warto przyrównać w tym momencie trust do fundacji, która to również ustanowiona może być w formie testamentu, jest znana polskiemu prawu i nie jest uznawana za instytucję prawa spadkowego; wskazuje się, iż jej powiązanie z prawem spadkowym ogranicza się bardziej do formy jego ustanowienia. Analogiczny wniosek można wyciągnąć na gruncie trustu, dla którego to związanie z prawem spadkowym dotyczy formy ustanowienia. Odnosząc się

³ Ustawa z dnia 4 lutego 2011 prawo prywatne międzynarodowe (Dz.U. 2011 nr 80 poz. 432).

⁴ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) (Dz. Urz. UE L 177 z 04.07.2008, s. 6).

⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 650/2012 z dnia 4 lipca 2012 r. w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego (Dz. Urz. UE L 201 z 27.07.2012, s. 107, z późn. zm.)

⁶ Konwencja haska z dnia 1 lipca 1985 o prawie właściwym dla trustów i ich uznawaniu.

⁷ M. de Abgaro Zachariasiewicz, *Ustanowienie trustu za pomocą testamentu lub innej czynności prawnej mortis causa pod rządami polskiego prawa spadkowego*, Rejent 2/2009, s. 167; autor wskazuje owe podejście w oparciu o francuską judykaturę oraz francuskie i niemieckie piśmiennictwo.

do dorobku M. de Abgaro Zachariasiewicza warto podkreślić, iż przekonująco autor wskazuje na stanowisko jednej z najważniejszych postaci w historii prawa prywatnego międzynarodowego, to jest E. Rabel, zgodnie z którym testament jest to forma „wehikułu” dla powstania i rozpoczęcia prawnego bytu przez trust, prawo właściwe w wypadku trustu określa byt majątku testatora i tym samym nie jest powiązany z osobistymi stosunkami zmarłego⁸. Warto się również zastanowić nad sensem takiego uznania w świetle obrębu regulacji prawa spadkowego; najczęściej w piśmiennictwie uznaje się, że prawo spadkowe dotyczy sposobów przekazania w stopniu jak najszerszym praw i obowiązków majątkowych osoby zmarłej, a więc sprawy spadkowe dotyczą sukcesji aktywów i pasywów⁹. Natomiast trust w swoim założeniu nie kreuje całkowitej sukcesji, albowiem dotyczy jedynie majątku w oderwaniu od pozostałych aspektów praw spadkodawcy. Proste zakwalifikowanie trustu ustanowionego w drodze testamentu nie wydaje się być całkowicie przekonujące, albowiem trust nie odpowiada do końca naturze tej części prawa cywilnego, a testament jest tutaj bardziej formą niż jednoznacznym powiązaniem z istotą spadku. W związku z powyższym taka kwalifikacja, choć wydaje się być logiczna, pozostawia pole do dyskusji.

Zasadniczo przyjęcie, iż trust ustanowiony w testamencie odpowiadać musi statutowi spadkowemu powoduje, iż niemożliwe jest wskazanie prawa właściwego, gdyż w brzmieniu obecnej ustawy, sprawy spadkowe, zgodnie z artykułem 66a ppm, zostały określone w rozporządzeniu w sprawie jurysdykcji, prawa właściwego, uznawania i wykonywania orzeczeń, przyjmowania i wykonywania dokumentów urzędowych dotyczących dziedziczenia oraz w sprawie ustanowienia europejskiego poświadczenia spadkowego¹⁰. Na gruncie prawa spadkowego brak jest więc jakichkolwiek krajowych norm kolizyjnych, w obecnym stanie prawnym usunięte zostały przepisy 64–66 ppm, przytłaczająca większość norm kolizyjnych znajduje się w rozporządzeniu spadkowym, a część można znaleźć w innych umowach międzynarodowych, takich jak konwencja haska z 5 października 1961 r. w zakresie ważności testamentów ustnych¹¹. Wydaje się, iż ustawodawca nie przewidział, derogując jakiekolwiek subsydiarne stosowanie przepisów krajowych, że stworzona zostanie w zakresie trustów luka prawna, albowiem zgodnie z art. 1 ust. 2 pkt. j. rozporządzenia spadkowego nie reguluje ono tworzenia, rozwiązywania oraz zarządzania trustami. W związku z powstałą luką prawną, otwarta zostanie droga do zastosowania art. 67 ppm przewidzianej jako swoisty wentyl bezpieczeństwa, zgodnie z którym to w wypadku braku wskazania prawa właściwego w ustawie prawo prywatne międzynarodowe, przepisach szczególnych, obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej ratyfikowanych umowach międzynarodowych i prawie

⁸ *Ibidem* s. 170.

⁹ B. Kordasiewicz, *System Prawa Prywatnego*, t. 10, Warszawa 2015, s. 12.

¹⁰ Oczywiście, zgodnie z hierarchią źródeł prawa, odesłanie to nie jest konieczne, rozporządzenie w przedmiocie swojego zakresu stosowania i tak miałoby pierwszeństwo przed ustawą, ważny natomiast jest brak norm kolizyjnych ustawowych stosowanych w sytuacjach nieuregulowanych w rozporządzeniu.

¹¹ Konwencja haska z dnia 5 października 1961 r. dotycząca kolizji praw w przedmiocie formy rozporządzeń spadkowych, albowiem rozporządzenie spadkowe nie reguluje ważności testamentów ustnych zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt. f.

Unii Europejskiej, właściwym będzie prawo państwa z którym ów stosunek prawny posiada najściślejszy związek. W mojej opinii kierowanie się statutem spadkowym w tym wypadku wiązać się musi z sięgnięciem do owej konstrukcji wskazanej w art. 67 ppm. Określenie prawa najściślej związanego powinno odbywać się *ad causum*, jednakże posiłkowo warto sięgnąć do konwencji haskiej dotyczącej prawa właściwego dla trustów, gdyż art. 7 wskazuje na pewne cztery przykładowe czynniki ułatwiające określenie owego najściślejszego związku, będą to zgodnie z konwencją: miejsce zarządu trustem wskazane przez założyciela trustu, miejsce położenia składników majątku powierniczego, miejsce zamieszkania lub siedziby przedsiębiorstwa powiernika, cele trustu oraz miejsca, w których mają być one realizowane. Oczywiście konwencja nie wskazuje na jakąkolwiek hierarchię owych czynników, w związku z czym należy uznać je za czysto pomocnicze, a ich wartościowanie odbywać się powinno na drodze analizy konkretnego stanu faktycznego.

Odmienne podejście do wskazania statutu właściwego dla trustów nawiązuje bardziej do ich konstrukcji podług prawa krajów stosujących ową instytucję. Choć trust ustanawiany jest w drodze aktu założycielskiego oraz wydzielenia majątku, a sam akt stanowi jednostronną czynność prawną, to wzajemne powiązanie pomiędzy aktem założycielskim a przyrzeczeniem powiernika oraz cel ustanowienia trustu zbliżają ową instytucję bardziej do umowy¹². Ujęcie trustu w oderwaniu od koncepcji umów związane było z brakiem w systemie prawa angielskiego swobody umów w rozumieniu prawa kontynentalnego, stąd takie ujęcie formalne trustu; dokładniejsze wyjaśnienie pochodzenia trustu wymagałoby osobnych rozważań, w związku z czym ograniczę się jedynie do tego ogólnego stwierdzenia¹³. Regulacje trustów wiążą się z dużą ilością dyspozytywności oraz uprawnień stron do generalnego swobodnego kształtowania trustu. Również jego kształt opiera się o znane z prawa obligacyjnego założenia zarządu powierniczego, czy odszkodowania za wyrządzenie szkody w majątku trustu, nasuwa się więc wiele analogii zbliżających trust jednak do prawa zobowiązań. Należy także dodać, iż zarówno nieratyfikowana przez Polskę konwencja, jak i ustawodawstwa państw posiadające normy kolizyjne odnośnie trustów, takie jak Holandia, Kanada czy Francja, zezwalają na wybór prawa, który to nierozzerwalnie w obszarze prawa prywatnego wiąże się z statutem zobowiązaniowym. Jednakże to ujęcie, choć wydaje się w sposób pełniejszy oddawać sens instytucji trustu oraz wyraźnie widoczne jest w konwencji poprzez zbliżenie do zobowiązaniowego charakteru trustu, to jednak wciąż nie jest ono bezsporne z uwagi na powiązanie skutków działania trustu z śmiercią założyciela oraz ustanowieniem go w formie testamentu. Zasadniczo rozstrzygnięcie przynależności trustu ustanowionego w testamencie do statutu spadkowego, czy obligacyjnego wiązać się będzie z tym, które to aspekty prawne uznane zostaną za wiodące: juretyczna konstrukcja trustu, czy też sposób i moment jego powstania.

Przyjmując jednak pogląd uznający poszukiwanie prawa właściwego w obrębie stosunków zobowiązaniowych, zasadniczo natknąć się można na analogiczny

¹² M. Pazdan, *System Prawa Prywatnego, Prawo prywatne międzynarodowe*, t. 20 c, Warszawa 2015, s. 717.

¹³ D. Hayton, *The distinctive characteristics*, s. 1.

problem, co w wypadku uznania za właściwy statut spadkowy. Ustawa odsyła zgodnie z art. 28 w zakresie zobowiązań umownych do Rozporządzenia Rzym I, który to w art. 1 ust. 2 pkt. h wyłącza trust spoza swojej regulacji. Podążając za tym rozumowaniem, znów ustawodawca dokonał tego samego zabiegu tworząc lukę prawną, której to uzupełnieniem może stać się art. 67 ppm. M. de Abgaro Zachariasiewicz w tym zakresie konstruuje ciekawe rozwiązanie – skoro ustawa odsyła do rozporządzenia, które to wyłącza z zakresu swojego zastosowania instytucję trustu, zaistniała luka prawną uzupełnić można na podstawie stosowania *per analogiam* wyłączonego rozporządzenia¹⁴. Rozwiązanie takie wydaje się jednak być, w mojej opinii, niecałkowicie przekonujące, skoro rozporządzenie samo wyłącza z swojego zakresu trust, to czyni to z uwagi na swój konkretny cel. Trudno jednoznacznie określić, czy legislator unijny wyłączył trust spod zakresu regulacji z uwagi na to, iż nie uznał jego zobowiązaniowego charakteru, co wydaje się być jednak mało prawdopodobne z uwagi na jego regulację w krajach członkowskich. Prawdopodobniejsze wydaje się, iż w drodze rozporządzenia wyrażone zostało uznanie polegające na tym, że trust objęty będzie inną, stosowniejszą regulacją. W tym miejscu warto porównać treść Rzym I do konwencji haskiej o prawie właściwym w zakresie trustu, obie regulacje ustanawiają co prawda prymat wyboru prawa, jednakże w wypadku rozporządzenia „awaryjnym” łącznikiem pozostaje co do zasady łącznik miejsca stałego pobytu podmiotu świadczącego charakterystycznie, a w wypadku konwencji jest to łącznik najściślejszego związku. Rozwiązania te są absolutnie różne, warto nadmienić, iż w zakresie trustu takie ujęcie łącznika byłoby nad wyraz utrudnione, albowiem kto, co do zasady, miałby być podmiotem świadczącym charakterystycznie w trójpodmiotowym układzie trustu: założyciel, powiernik, czy może beneficjent? Z uwagi właśnie na taką treść rozporządzenia niecelowe jest powtórne sięganie do owej regulacji. Przyjmując racjonalność ustawodawcy unijnego należy uznać, iż wyłączenie to miało i w mojej opinii ma, swoje racjonalne uzasadnienie.

W mojej opinii wdaje się, iż stosowanie Rozporządzenia Rzym I do zakresu ustanowienia trustu oraz jego zarządzania nie jawi się jako racjonalne. Wydaje się, iż rozwiązanie wskazane w Konwencji haskiej, to jest pierwszeństwo wyboru prawa, a w dalszej kolejności poszukiwanie najściślejszego związku, jest zasadne z punktu widzenia konstrukcji trustu; podobnie normy kolizyjne ustanawiają także ustawodawstwa innych państw. W tym miejscu chciałbym jeszcze wskazać na inną możliwość poszukiwania prawa właściwego dla trustu; jak zostało to wcześniej wskazane, trust nie jest umową, lecz dwoma powiązаныmi jednostronnymi czynnościami prawnymi, to nie ma jednak wątpliwości, iż czynności te mają charakter obligacyjny¹⁵. W związku z powyższym wydaje się, iż możliwe byłoby, ujmując przy tym trust bardziej literalnie niż funkcjonalnie, albowiem zbliżony on jest w swej konstrukcji do umowy, zastosowanie art. 32 ustawy ppm, zgodnie z którym zobowiązania wynikłe z jednostronnej czynności prawnej podlegają prawu wybranemu przez osobę dokonującą czynności. W ustępie drugim tegoż artykułu wskazane jest prawo właściwe w wypadku braku wyboru prawa, jest

¹⁴ System Prawa Prywatnego, Prawo prywatne międzynarodowe, t. 20 c, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 730.

¹⁵ M. de Abgaro Zachariasiewicz, *Trust w praktyce polskich sądów i notariatu*, Rejent 3-4/2004, s. 238.

to prawo związane z miejscem zamieszkania osoby dokonującej czynności, przepis ten jest niepraktyczny z punktu widzenia trustu, zwłaszcza, iż wcześniej wspomniany otwarty katalog pomocniczy do określania klauzuli ścisłego związku w art. 7 konwencji haskiej nie wskazuje takiej kategorii. Natomiast zasadne byłoby w związku z tym korygowanie treści 32 ust. 2 zd. pierwsze treścią zdania drugiego, zgodnie z którym właściwym jest prawo wykazujące ścisły związek w wypadku, gdy tak wynika z danych okoliczności. Przepis ten pozwala na o wiele większą możliwość korygowania prawa właściwego niż treść art. 4 ust. 3 rozporządzenia Rzym I, zgodnie z którym korekta prawa właściwego jest możliwa, tylko gdy ścisły związek wynika ze wszystkich okoliczności, a ponadto określony jest kwalifikowany stopień poprzez użycie zwrotu „wyraźnie”. O wiele liberalniejszą formą jest więc treść 34 ust. 2 zd. 2 ustawy ppm. Wracając jednak do dopuszczalności stosowania art. 34 ustawy ppm do trustu wskazać należy, iż katalog jednostronnych czynności prawnych nim objętych jest ograniczony¹⁶. W piśmiennictwie często przyjmuje się takie przypadki jak przyrzeczenie publiczne, oświadczenie o przyjęciu przekazu, czy oświadczenie banku o otwarciu akredytywy¹⁷. Podkreślić jednak należy, iż zakres owych jednostronnych czynności prawnych powinno określać się każdorazowo odmiennie dla konkretnego systemu prawnego¹⁸, a więc niewykluczone jest uznanie, iż trust spełnia wymogi, aby podlegać regulacji treści art. 32 ustawy ppm. Przyrzeczenie powiernika natomiast nie byłoby objęte wyborem prawa, albowiem zgodnie z 32 ust. 1 zd. 2 ppm od momentu zindywidualizowania stron owego porozumienia wybór prawa możliwy jest jedynie na drodze obopólnego porozumienia. Przeciwno interpretacji dopuszczającej stosowanie art. 32 ppm do kwestii związanej z trustem przemawia jednak funkcjonalne, a nie literalne rozumienie trustu. W tym miejscu warto odwołać się do powszechnie przyjętego rozumienia umowy jako dobrowolnego przyjęcia na siebie zobowiązania względem innego podmiotu, jak i wskazane wcześniej analogie i podobieństwa pomiędzy trustem a umową powierniczą oraz fakt, że takie ukształtowanie trustu jako jednostronnej czynności prawnej ma podłoże przede wszystkim historyczne¹⁹.

Ostania koncepcja w zakresie poszukiwania prawa właściwego dotyczy zaklasyfikowania trustu jako konstrukcji odpowiadającej statutowi personalnemu osób prawnych. Podobieństwa do osób prawnych w zakresie trustów widoczne są na poziomie wydzielienia osobnego majątku oraz jego ochrony przed wierzycielami powiernika oraz zbliżonej funkcji fundacji do niektórych typów trustu. Widoczne jest więc pewne zorganizowanie masy majątkowej, które jednak nie może wskazywać na zrównanie trustu z spółkami, albowiem trust nie posiada zdolności prawnej. Brak zdolności prawnej, połączony z wyodrębnieniem majątku cechującego się szczególną ochroną przed wierzycielami, wskazaniem sposobu korzystania z majątku oraz rozkładu dochodów zbliża trust, w zakresie tych cech podnoszonych przez zwolenników kwalifikacji korporacyjnej,

¹⁶ *System Prawa Prywatnego*, t. 5, red. P. Machnikowski, Warszawa 2013, s. 500.

¹⁷ *System Prawa, Prawo Prywatne międzynarodowe*, t. 20 b, red. M. Pazdan, Warszawa 2015, s. 696.

¹⁸ *Ibidem*, s. 704.

¹⁹ M. de Abgaro Zachariasiewicz, *Trust i inne stosunki powiernicze w prawie porównawczym i prawie prywatnym międzynarodowym*, Katowice 2016, s. 31–38.

o wiele bardziej do spółki cywilnej, która to jest umową zobowiązującą o charakterze organizacyjnym. Pomijając zasadniczy problem braku zdolności prawnej, podkreślić należy, iż istnieją ponadto inne wyraźne różnice pomiędzy trustem a osobą prawną, nie tylko brak określonych organów, wszak uprawniony do rozporządzania powiernik nie działa jako organ, lecz także brak charakterystycznego dla powstawania osób prawnych przymusu rejestracji²⁰. Na marginesie warto wskazać, iż istnieją ustawodawstwa, które definiują trusty inaczej, to jest jako osoby prawne, do których powstania niewystarczające jest przekazanie majątku powiernikowi, lecz obligatoryjne jest całe postępowanie rejestracyjne²¹. Aczkolwiek modelowo trust nie posiada wyżej wspomnianych cech, w związku z powyższym na gruncie prawa polskiego nie jest w mojej opinii zasadne stosowanie art. 17 ustawy ppm nakazującego stosowanie prawa siedziby do ustalania prawa właściwego dla osób prawnych. Na marginesie warto podkreślić, iż w wypadku zastosowania tej podstawy prawnej zaistnieć mogą problemy wynikłe z problematyki wyboru pomiędzy siedzibą statutową a siedzibą rzeczywistą.

III. Dopuszczalność ustanowienia trustu w testamencie w świetle polskiego k.c.

Dokonawszy już analizy możliwych rozwiązań w zakresie określenia prawa właściwego, chciałbym niniejszym przejść do następnego problematycznego kroku. Jeśli wykorzystując daną normę kolizyjną prawem właściwym okaże się prawo znające instytucję trustu, sytuacja jest w miarę klarowna. Odmienne natomiast w wypadku, gdy prawo właściwe pochodzić będzie z jednego z tych kontynentalnych systemów prawa, które nie przewidują regulacji trustu ustanowionego w formie testamentu. Niestety, złożoną prawnie będzie sytuacja, w której prawem właściwym będzie polski kodeks cywilny, zwłaszcza z uwagi na brzmienie art. 962 oraz 964 k.c. Osobnym tematem jest natomiast dostosowanie tego trustu do polskich przepisów, tutaj problemy pojawią się zwłaszcza w zakresie możliwości odwołania testamentu na podstawie 943 k.c. a faktu, iż trust co do zasady nie podlega odwołaniu oraz kwestia zachowku.

W aspekcie samej dopuszczalności trustu zmierzyć się jednak należy w pierwszej kolejności z najważniejszym problemem w postaci zakazu podstawień powierniczych wynikłego z art. 964 k.c. oraz powiązany z nim zakaz ustanawiania spadkobiercy pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. Wydaje się, iż problem ten przekreśla ustanowienie trustu w drodze testamentu, albowiem będziemy mieć przekazanie majątku powiernikowi, który to podlegać będzie w zakresie korzystania z majątku szeregowi ograniczeń w postaci warunków aktu założycielskiego trustu oraz beneficjenta uprawnionego do czerpania dalszych korzyści. Analizując problem, wskazać należy na *ratio legis* tej regulacji oraz jego strukturę. Wskazywane cele, wynikłe z zakazu podstawienia powierniczego to: usunięcie niepewności w zakresie identyfikacji osoby spadkobiercy, zapobiegnięcie utworzenia osobnego majątku oraz ochrona wierzycieli spadkodawcy²². Wracając do wspomnianych na wstępie cech trustu, widoczna jest duża zbieżność

²⁰ System Prawa Prywatnego, Prawo prywatne międzynarodowe, t. 20 c, red. M. Pazdan, Warszawa 2015.

²¹ Delaware Code Title 12 Chapter 38 Decedents' Estates and Fiduciary Relations.

²² System Prawa Prywatnego, t. 10, red. B. Kordasiewicz, Warszawa 2015, s. 441, 444.

z *ratio legis* art. 946 k.c., wszak charakterystycznym elementem trustu jest podzielona własność, która to w praktyce wywołuje problemy z określeniem osoby właściciela oraz wydzielenie osobnego majątku podlegającego szczególnej ochronie prawnej. Toteż w zakresie funkcjonalnego rozumienia przepisu k.c. oraz charakterystyki trustu wydaje się, iż utworzenie trustu jest sprzeczne z zakazem podstawienia powierniczego. Do tak jednoznacznego wniosku nie można natomiast dojść ujmując ów zakaz bardziej od strony jego struktury, a nie celów. Zakaz podstawień powierniczych obejmuje zasadniczo uniemożliwienie podwójnego rozporządzenia testamentem, a jak słusznie wskazuje M. de Abgaro Zachariasiewicz, treść zakazu nie pokrywa się z naturą trustu, albowiem nieodpłatność rozporządzenia odnosić będzie jedynie co do beneficjenta, powiernik natomiast z uwagi na swoje obowiązki nie jest osobą na rzecz której dokonano nieodpłatnego przysporzenia²³. Nawet jednak przyjmując takie rozumienie zakazu podstawienia powierniczego trudno zaprzeczyć, aby ustanowienie trustu nie stanowiło w zasadzie ustanowienia spadkobiercy pod warunkiem, w związku z czym rozporządzenie całym majątkiem w postaci ustanowienia trustu w drodze testamentu, w świetle polskiego prawa materialnego, wydaje się być wykluczone.

Problem dopuszczalności ustanowienia trustu można jednak obejść w wypadku, gdy testator nie rozporządzi całym swym majątkiem. Treść regulacji 962 oraz 964 k.c. dotyczy ustanowienia spadkobiercy, odmiennie natomiast kształtują się przepisy dotyczące zapisu, który to zgodnie z 975 k.c. może być ustanowiony pod warunkiem, czy z zastrzeżeniem terminu. Jeśli ustanowienie trustu będzie mieć formę zapisu, w którym to zapisobiorca (beneficjent) będzie mieć skuteczne roszczenie, w tym także okresowe, wobec właściciela (powiernika) w określonym wypadku to wydaje, iż na gruncie znanych polskiemu prawu spadkowemu można, nie powołując *expresis verbis* w testamencie trustu, w drodze innych instytucji prawnych, wywołać skutki doń zbliżone²⁴. Oczywiście nie jest możliwe ustanowienie skutków zbliżonych do trustu na całym majątku spadkodawcy z uwagi na treść zasady 961 k.c. Zasadnym jest jednak pytanie, na ile konstrukcja ta jedynie przypomina trust, a ponadto jej zastosowanie, pomijając dyskusyjności konwersji, możliwe jest w zasadzie, gdy testator dysponuje fachową wiedzą prawniczą.

IV. Posumowanie

Tematyka niniejszego artykułu jest jak na razie stosunkowo obca praktyce, brakuje jak już wcześniej wskazałem orzecznictwa, a opracowania piśmiennicze są więc w dużej części oparte na doświadczeniach państw o kontynentalnych systemach prawa, które to zetknęły się z tą swoistą regulacją systemów angloamerykańskich. Nie jest to jednak tematyka abstrakcyjna i oderwana od realiów, albowiem obecnie, w czasach zmożonej emigracji możliwe jest, iż znajdujący się na terenach Wielkiej Brytanii, czy Stanów Zjednoczonych Ameryki obywatele polscy, nieświadomi różnic prawnych

²³ M. de Abgaro Zachariasiewicz, *Ustanowienie trustu za pomocą testamentu lub innej czynności prawnej mortis causa pod rządami polskiego prawa spadkowego*, Rejent 2/2009, s. 178, 190.

²⁴ *Ibidem*, s. 189.

pomiędzy tymi systemami, zdecydują się na taką formę rozporządzenia spadkowego, o której to usłyszeli w czasie swojej emigracji. Zwłaszcza problem ten dotyczyć będzie tzw. „starej emigracji”, obeznanej w przeciętnym stopniu z obcą kulturą prawną, a nieposiadającej w zasadzie żadnej wiedzy prawnej dotyczącej prawa odpowiadającego ich obywatelstwu.

W tym zakresie najbardziej rażący jest brak istnienia w polskich przepisach krajowych normy kolizyjnej pomocnej dla trustów ustanowionych w drodze testamentu. Jest to efekt nieco bezrefleksyjnego całkowitego odesłania do norm rozporządzeń, nie uwzględniając przy tym faktu, że zakres obowiązywania w dziedzinie danego działu prawa rozporządzeń nie jest kompletny. Jak zostało to zaprezentowane, istnieje kilka możliwości interpretacyjnych, co nie sprzyja zaufaniu wobec prawa, a podkreślić należy, iż prawo spadkowe często boryka się z niskim stanem wiedzy o prawie wśród obywateli. W związku z tym za uzasadniony uważam postulat uzupełnienia ustawy prawo prywatne międzynarodowe o regulacje odpowiadające konwencji haskiej o prawie właściwym dla trustów i ich uznawaniu, które to w sposób pełny i racjonalny określają normy kolizyjne dla trustów w oparciu o wybór prawa i subsydiarnie klauzule ścisłego związku w oparciu o kryteria zbliżone do tych wskazanych w konwencji.

* * *

Establishment of Trust by Testament – Attempt of Determining the Applicable Law and Analyze in Case of Acceptability in the Light of 4th Book of Civil Code

The article concerns the issue of the acceptability of the establishment of a trust by testament. It consists of two parts. The main part of the article refers to the private international law, indicates the absence of the Polish legal system the norm of competence to trusts and subsequently is attempting to fill the legal loophole. In this area, based on the described construction of the trust is made an attempt to define the statute law, and subsequently identify the appropriate regulations as a result of determining the statute. The article is based, due to the lack of developed jurisprudence and practice on the literary output. The second part of the article is based on the Polish civil law and its purpose is to distinguish situations in which trust may be according the Civil Code established by will on account of the prohibition of substitution of heir and prohibition of establishing heir in breach of 962 Civil Code. The aim of the article is to indicate the existence of problematic of establishing trust by will and to signal the need for regulation of this issue.

Key words: trust, governing law, norm of competence, choice of law, provision of the closest connection, Hague Convention, EU law, law of inheritance, substitution of heir

Wojciech Rożdżeński¹

Umowa o leczenie w ujęciu prawnoporównawczym

Streszczenie:

Umowa o leczenie nie istnieje w polskim systemie prawnym, jak i nie jest uregulowana w większości państw europejskich. Choć w kilku państwach Unii Europejskiej podjęto próby konkretyzacji stosunku prawnego pomiędzy lekarzem a pacjentem, przykładowo przez „Karty Pacjenta”, to w Holandii i w Niemczech rzeczona wcześniej umowa o leczenie została rzetelnie uregulowana na poziomie kodeksu cywilnego. W swoim artykule dokonuję analizy porównawczej tych dwóch regulacji – biorąc je za modelowy przykład tego rodzaju umowy – jak i pochylam się nad projektem polskiego rozwiązania. Konieczna była analiza umów z obydwu państw, ponieważ pomimo tego, że ich charakter jest zbliżony, to interesujące są pojedyncze różnicujące je rozwiązania. Do tego dołączam przykład Polski, gdyż projekt zaproponowany przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Cywilnego wydaje się stanowić potrzebne uporządkowanie obowiązujących, rozproszonych w kilku ustawach, przepisów. Rozwiązanie to z pewnością byłoby korzystne zarówno dla strony profesjonalnej, jak i osób korzystających z usług medycznych.

Słowa kluczowe: umowa o leczenie, prawo porównawcze, prawo medyczne, prawo holenderskie, prawo niemieckie

1. Umowa o leczenie w Europie

Umowa o leczenie jest stosunkowo nowym i rzadko regulowanym typem kontraktu – znacznie częściej jest on traktowany jako rodzaj umowy zlecenia – tak też ta kwestia (przynajmniej na razie) wygląda w polskim systemie prawnym. Osiem europejskich państw uchwaliło specjalne ustawy poświęcone prawom pacjentów: Finlandia,

¹ Autor jest studentem V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Holandia, Islandia, Litwa, Dania, Norwegia, Grecja², a ostatnio także Niemcy. Z kolei trzy kraje wykorzystały drogę pozaustawową i posługują się tzw. „Kartami pacjentów” – są to Francja, Wielka Brytania i Irlandia³. Modelowymi europejskimi regulacjami w tym zakresie są ustawy: holenderska – *Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst* z 17.10.1994 r. (wejście w życie 1.04.1995 r.), która znowelizowała *Burgerlijk Wetboek*, czyli holenderski kodeks cywilny oraz niemiecka *Patientenrechtsgesetz*, która weszła w życie 26.02.2013, nowelizując *Bürgerliches Gesetzbuch* i wprowadzając do niego *Behandlungsvertrag*, czyli rzeczoną umowę o leczenie. Trend ten, zapoczątkowany w latach 90. przez Holendrów, był kontynuowany przez Francuzów w roku 2002 – *Loi no. 2002–303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, znany jako *Loi Kirchner* oraz *Acquis Group*, która w rozdziale 8. księgi IV opublikowanego w 2009 *Draft Common Frame of Reference* umieściła regulację umowy leczenia⁴.

2. Regulacja niemiecka

Ustawa o poprawie praw pacjentek i pacjentów⁵ była wynikiem procesu, rozpoczętego wspólnie przez niemieckie ministerstwa zdrowia i sprawiedliwości, które w styczniu 2012 r. przedstawiły projekt regulacji, który po poprawkach został przyjęty przez Bundestag w dniu 29.11.2012 r., a w życie wszedł 26.02.2013 r. W doktrynie niemieckiej podkreśla się, że ustawa ta nie miała na celu zmiany prawa, lecz skodyfikowanie dotychczasowego orzecznictwa i zapewnienie tym samym większej pewności i przejrzystości prawa w tym zakresie⁶. Wprowadzone nowelizacją przepisy, tj. § 630a–§ 630h BGB zostały umieszczone w dziale 8. – „Zlecenie i podobne umowy”. Jednak w szeregu sytuacji, zwłaszcza gdy umowa o leczenie nie zostanie zawarta, zastosowanie mają przepisy działu 9. tj. „Umowa o dzieło i podobne umowy”. Dlatego, mimo systemowego umieszczenia umowy o leczenie w dziale regulującym umowę zlecenie, może się zdarzyć, że właściwymi przepisami będą te regulujące umowę o dzieło⁷.

Celem umowy jest realizacja na rzecz pacjenta usługi leczenia. Trzeba zwrócić uwagę na definiujący tę umowę *lecniczy* charakter świadczenia, wyłączający tym samym usługi i zabiegi nieposiadające tej cechy, a więc to, co w polskiej doktrynie podlega rozróżnieniu na zabiegi lekarskie i lecznicze. Z zakresu nowelizacji wyłączone zostały zatem zabiegi kosmetyczne, jak zastrzyki z botoksu, piercing czy tatuowanie⁸. Regulacji tej nie podlega również leczenie weterynaryjne, jako niedotyczące leczenia człowieka. Zgodnie z ustępem pierwszym § 630a BGB, stronami umowy o leczenie są pacjent

² L.H. Fallberg, *Patients' Rights in Europe: Where Do We Stand and Where Do We Go*, *European Journal of Health Law* 2000, 7, s. 1.

³ *Ibidem*.

⁴ Ch. Katzenmeier, *Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus Im BGB*, *NJW* 2013, s. 817.

⁵ Gesetz Zur Verbesserung Der Rechte von Patientinnen Und Patienten, *Bundesgesetzblatt Teil I*, 2013, s. 277.

⁶ Ch. Katzenmeier, *op.cit.*

⁷ A. Spickhoff i in., *Medizinrecht*, München 2014.

⁸ *Ibidem*.

(„Patient”) oraz leczący („Behandelnder”). Umowę tę należy uznać za rodzaj umowy wzajemnej – zgodnie z ustępem pierwszym omawianego artykułu, lekarz zobowiązuje się zapewnić leczenie, natomiast pacjent – zapłacić umówione wynagrodzenie. Nie można jednak pominąć w analizie zastrzeżenia umieszczonego na końcu tego ustępu: „chyba, że osoba trzecia jest zobowiązana do zapłaty”. Wskutek tego zastrzeżenia w 90% przypadków⁹ nie dochodzi do powstania zobowiązania po stronie pacjenta, ze względu na podleganie przez niego ubezpieczeniu w niemieckiej kasie chorych. Ustęp drugi stanowi, że w przypadku brak odmiennej umowy, należy przeprowadzić leczenie zgodnie z uznanymi w danym momencie standardami medycznymi. Przez uznane standardy należy rozumieć opublikowane wytyczne postępowania w leczeniu. Z kolei dyspozycyjność w zakresie stosowanych standardów należy rozpatrywać w aspekcie odejścia od standardów uznanych, powszechnie akceptowanych, na rzecz metod jeszcze niesprawdzonych, czy też dopiero testowanych¹⁰ – trudno byłoby bowiem znaleźć uzasadnienie dla dopuszczenia przez ustawodawcę stosowania metod przestarzałych bądź zdyskredytowanych.

§ 630b nakazuje stosować do umowy o leczenie przepisy dotyczące zlecenia, a nie umowy o pracę, chyba że ustawa nakazuje inaczej. § 630c pkt 1 zobowiązuje strony do współdziałania w przeprowadzeniu leczenia, co zdaje się być przepisem analogicznym do art. 354 polskiego Kodeksu Cywilnego. Punkt 2 tego przepisu nakłada na lekarza skonkretyzowany obowiązek informacyjny wobec pacjenta. Przede wszystkim ma on poinformować przed, a gdy zachodzi taka potrzeba, również w trakcie leczenia:

- o wszystkich okolicznościach związanych z leczeniem,
- o diagnozie,
- o przewidywanym postępie choroby,
- o planowanej terapii,
- o środkach jakie zostaną podjęte w trakcie i po zakończeniu terapii.

Wyliczenie to nie ma charakteru enumeratywnego. Jeśli lekarz podejrzywa, że w toku leczenia pacjenta doszło do popełnienia błędu w sztuce lekarskiej, to strona lecząca ma również poinformować o tym pacjenta, przy czym jeśli błąd został popełniony przez osobę najbliższą lekarza będącego stroną tej umowy, to informacja ta może zostać wykorzystana w charakterze dowodowym wyłącznie za zgodą tego lekarza. Obowiązek informacyjny lekarza (*Aufklärung*) opisany w tym paragrafie, a także paragrafie 630e, ma chronić przede wszystkim prawo pacjenta do samostanowienia¹¹. Zgodnie z postanowieniem punktu 3 lekarz, gdy wie, że zapłata przez osobę trzecią nie została zapewniona (przykładowo, gdy weryfikacja prawa pacjenta do refundacji kosztów leczenia przez kasę chorych dała negatywny wynik), ma obowiązek poinformowania o kosztach leczenia przed jego rozpoczęciem, w formie pisemnej. Natomiast punkt 4 pozwala na rezygnację z informowania pacjenta w wyjątkowych sytuacjach lub gdy on sam zrzekł się tego prawa.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ O. Jauernig i in., *Bürgerliches Gesetzbuch: Mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*, München 2014.

¹¹ Ch. Katzenmeier, *op.cit.*

§ 630d reguluje problematykę zgody na leczenie – nakłada on na stronę leczącą obowiązek uzyskania zgody pacjenta przed podjęciem jakichkolwiek czynności – zarówno tych o charakterze leczniczym, jak i diagnostycznym. Niewywiązanie się z tego obowiązku może być podstawą odpowiedzialności deliktowej¹². Zgoda ta oczywiście musi spełniać warunki zgody „poinformowanej” (*informed consent*), której wymogi są opisane w § 630e i do omówienia których za chwilę przejdę. Należy jednak w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na normę sformułowaną w zdaniu drugim tego ustępu, tj. zezwolenie na wykonanie zabiegu/podjęcie czynności za zgodą osoby uprawnionej do jej wyrażenia, jeśli zgody pacjenta nie można uzyskać z uwagi na niezdolność do jej wyrażenia, a jednocześnie nie istnieje „testament życia” zezwalający lub zabraniający podjęcia tej czynności. Zgoda jest odwołalna w każdej chwili bez podania przyczyny i bez wymogu co do formy.

§ 630e precyzuje wspomniany wyżej obowiązek, wymieniając elementy, jakie mają być zawarte w informacji przekazywanej pacjentowi:

- rodzaj,
- zakres,
- sposób,
- spodziewane skutki i ryzyka,
- konieczność,
- pilność,
- odpowiedniość,
- szanse powodzenia, z uwagi na diagnozę oraz dotychczasową terapię.

Mimo swojego rozbudowania, katalog ma charakter przykładowy¹³. Informacja ma zostać podana pacjentowi ustnie przez leczącego lub odpowiednio wyszkoloną osobę, odpowiednio wcześniej, by umożliwić odpowiednie przemyślenie decyzji i zostać przekazana w sposób zrozumiały dla pacjenta. Gdy możliwych jest kilka sposobów leczenia, to należy je wszystkie przedstawić pacjentowi¹⁴. Dopuszczalne jest również poinformowanie o ryzyku w formie rozmowy telefonicznej z pacjentem¹⁵. Należy podkreślić, że poinformowanie wyłącznie na piśmie, bez możliwości odbycia rozmowy o wyżej wymienionych elementach procesu leczenia, jest niedopuszczalne. Uregulowanie takie ma zapewne na celu możliwość uzyskania dokładniejszych wiadomości od lekarza, niż miałoby to miejsce w przypadku zwykłego wymienienia w piśmie wszystkich tych informacji. Możliwe jest jednak przekazanie tych informacji pisemnie, pod warunkiem zapewnienia możliwości odbycia rozmowy z lekarzem¹⁶. W przypadku osób niezdolnych do wyrażenia zgody ze względu na nieletniość, potrzebna jest zgoda obojga rodziców, lecz w rzeczywistości za wystarczającą uznaje się zgodę jednego z rodziców, gdy ten informuje drugiego¹⁷. Jednak owo faktyczne

¹² O. Jauernig i in., *op.cit.*

¹³ Ch. Katzenmeier, *op.cit.*

¹⁴ O. Jauernig i in., *op.cit.*

¹⁵ BGH NJW 10, 2430; BT-Drs 17/10488 S 24.

¹⁶ BGH NJW 2000, 1784.

¹⁷ A. Spickhoff i in., *op.cit.*

ułatwienie nie jest dopuszczalne w przypadku zabiegów wysoce inwazyjnych, wiążących się ze znacznym ryzykiem^{18, 19, 20}. W literaturze podnosi się, że w przypadku regulacji niemieckiej obowiązek poinformowania o typowych ryzykach istnieje zawsze, niezależnie od prawdopodobieństwa ich wystąpienia²¹, co odróżnia ten przepis od jego holenderskiego odpowiednika. W przypadku procedur nielecniczych, informacja o ryzyku musi być obszerniejsza niż w przypadku leczniczych. Rutynowość zabiegu nie ma wpływu na szczegółowość udzielanych informacji. § 630f reguluje obowiązek przechowywania dokumentacji – ma być ona dostępna w formie papierowej lub elektronicznej przez 10 lat od zakończenia leczenia, chyba że odrębne przepisy regulują ten okres odmiennie. W przypadku dokonywania jakichkolwiek zmian czy poprawek, konieczne jest jednoczesne zaznaczenie w dokumentacji czasu, w jakim do tej zmiany doszło. § 630g przyznaje pacjentowi prawo wglądu do swojej dokumentacji. Ma być ona mu zapewniona bez zwłoki, jeśli tylko nie ma uzasadnienia dla odmowy ze względu na cele terapeutyczne lub możliwość naruszenia praw osób trzecich. W przypadku odmowy udostępnienia, należy podać jej powód. Pacjent może również żądać udostępnienia dokumentacji w formie elektronicznej oraz ją fotografować²². W przypadku śmierci pacjenta, prawo do wglądu do dokumentacji przechodzi na jego spadkobierców i osoby najbliższe, o ile wykażą interes *niematerialny* (niekoniecznie bliskie w znaczeniu pokrewieństwa, a raczej bliskie w znaczeniu faktycznym, jak np. partner życiowy²³), co jest ciekawą odmiennością w stosunku do regulacji polskiej, gdzie zobowiązuje się pacjenta do wskazania osób, którym prawo to ma przysługiwać. Uprawnienie to nie przysługuje jednak, jeśli stoi w sprzeczności z wyraźną lub domniemaną wolą pacjenta. Ostatnim przepisem dodanym nowelizacją jest § 630h BGB. Przewiduje on:

- domniemanie popełnienia błędu przez lekarza, jeśli „zwyczajne” ryzyko leczenia, nad którym można było zapanować, zmaterializowało się i doprowadziło do szkody na życiu, zdrowiu lub ciele pacjenta,
- przerzucenie ciężaru dowodu w zakresie uzyskania zgody pacjenta i spełnienia wymogów z §630e,
- domniemanie, że w przypadku braku odpowiedniego wpisu w dokumentacji nie doszło do podjęcia czynności przez lekarza,
- domniemanie związku przyczynowego między uszkodzeniem ciała, zdrowia lub życia pacjenta a zabiegiem, jeśli został on wykonany przez lekarza nieposiadającego odpowiednich kwalifikacji,
- domniemanie związku przyczynowego między popełnionym znaczącym błędem a uszkodzeniem ciała, zdrowia lub życia, jeśli związek taki jest możliwy.

¹⁸ BGH NJW 2010, 2430, p. 217.

¹⁹ BGH NJW 2007 217.

²⁰ BGH NJW 1988, 2946.

²¹ A.J.G.M. Janssen, *Informing Patients about Small Risks – A Comparative Approach*, European Journal of Health Law 2006, 13, s. 170.

²² O. Jauernig i in., *op.cit.*

²³ BT-Drs. 17/10488, 27.

Sformułowanie „zwyczajne ryzyko” nie zostało sprecyzowane i wzbudza wiele wątpliwości w doktrynie niemieckiej²⁴. Sformułowanie „nad którym można było zapanować” oznacza z kolei, przykładowo, ryzyko zakażenia spowodowanego złym poziomem higieny w szpitalu.

3. Regulacja holenderska

Jak zostało wspomniane wcześniej, umowa o leczenie została wprowadzona w Holandii ustawą znaną jako *WGBO* z 1994 r., nowelizującą kodeks cywilny i dodającą do niego artykuły od 7:446 do 7:468.

Ze względu na większy rozmiar tej regulacji niż niemieckiej, autor ograniczy się do opisanie tylko najważniejszych postanowień przepisów. Na początku należy jednak zaznaczyć, że zgodnie z ustawą, przepisy te mają zastosowanie również w sytuacji, gdy nie dochodzi do zawarcia umowy o leczenie, np. przy rutynowych badaniach²⁵. Zgodnie z art. 446 za umowę o leczenie uznaje się taką umowę, w której osoba fizyczna lub prawna – *hulpverlener* (leczący) zobowiązuje się do podjęcia działań o charakterze medycznym. Strona, której te działania dotyczą, określa się mianem *patiënt*, czyli pacjenta. Przez działania medyczne rozumie się:

- działania mające na celu wyleczenie z choroby, ochronę przed nią, ocenę stanu zdrowia lub pomoc okołoporodową,
- inne działania mające bezpośredni skutek na osobie pacjenta, w tym działania lekarza i dentysty,
- opiekę pielęgniarstwa.

Explicite zostały jednak wyłączone z zakresu normowania usługi farmaceutów. *Burgerlijk Wetboek* przyznaje w ramach tej umowy zdolność do czynności prawnych osobom, które ukończyły 16 rok życia, a także zdolność procesową w tym zakresie, nakładając na nie jednocześnie odpowiedzialność za ewentualne roszczenia mogące powstać z umowy. Art. 448 nakłada na lekarza obowiązek informacyjny, na żądanie na piśmie, w zakresie:

- planowanych badań i leczenia,
- dalszych działań związanych z badaniami, leczenia oraz
- stanu zdrowia pacjenta.

W przypadku nieosiągnięcia przez pacjenta wieku 12 lat, lekarz ma przedstawić te informacje w sposób możliwie jak najbardziej zrozumiały²⁶. Widać tu rozbieżność względem umowy niemieckiej, gdyż w jej przypadku obowiązek przekazania informacji w sposób zrozumiały nie jest w żaden sposób uzależniony od wieku – przynajmniej na płaszczyźnie ustawowej, gdyż oczywiście poziom zrozumienia jest zróżnicowany w poszczególnych grupach wiekowych pacjentów. Ustawodawca konkretyzuje

²⁴ A. Spickhoff i in., *op.cit.*

²⁵ L.F. Markensteen, *Codification in the Netherlands of the Principles Rights of Patients: A Critical Review*, *The European Journal of Health Law* 1995, 2, s. 36.

²⁶ L.F. Markensteen, *op.cit.*, s. 33.

jednocześnie ten obowiązek w ustępie 2 art. 448 stanowiąc, że lekarz ma kierować się tym, co pacjent *rozsądnie* powinien wiedzieć na temat:

- natury i celu badania lub leczenia,
- spodziewanych konsekwencji i ryzyka dla zdrowia,
- innych możliwych metod badania lub leczenia,
- stanu zdrowia pacjenta i możliwych postępów.

Z uwagi na gwarancyjny charakter tego przepisu, zapewniający pacjentom możliwie szeroki zakres udzielanych im informacji, a tym samym możliwość wyrażenia poinformowanej zgody, artykuł ten należy odczytywać nie zawężająco, jako zwolnienie lekarza od obowiązku udzielania pewnych informacji, a rozszerzająco, jako zobowiązanie do udzielania możliwie najszerszej informacji, przy jednoczesnym założeniu posiadania przez pacjenta wyłącznie podstawowej wiedzy z tego zakresu. Tak jak w przepisach niemieckich, zabiegi nielecnicze muszą być poprzedzone szerszym poinformowaniem pacjenta niż w przypadku zabiegów leczniczych. Gdy zabieg jest rutynowy, informacje mogą być „standardowe”, tj. zostać podane w węższym zakresie²⁷. Artykuł ten przewiduje również możliwość nieinformowania pacjenta o jego stanie zdrowia (po uprzedniej konsultacji z innym lekarzem), przy czym jeśli interes pacjenta tego wymaga, to informacje wymienione w tym artykule należy przekazać innej osobie a samemu pacjentowi, gdy ustanie zagrożenie dla zdrowia, jakie mogłoby powstać w związku z wcześniejszym uzyskaniem tych informacji. Art. 449 reguluje tzw. przywilej terapeutyczny, z ograniczeniem jego stosowania w przypadku krzywdy dla samego pacjenta i osób trzecich w razie jego zastosowania.

Zgodnie z art. 450, identycznie jak w przypadku niemieckiej umowy o leczenie, zgoda pacjenta jest wymogiem legalności podjętych działań. Wymóg zgody można w przypadku holenderskiej regulacji wywieść z konstytucji i jej przepisów o integralności cielesnej, dlatego też przepisy są tylko konkretyzacją normy wyższego rzędu²⁸. W przypadku osoby pomiędzy 12 a 16 rokiem życia wymagana jest zgoda kumulatywna pacjenta i rodzica (odmiennie niż w Polsce, gdzie sytuacja ta występuje w przypadku osób między 16 a 18 rokiem życia). Zgoda ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego z dwóch powodów: po pierwsze, zabieg można przeprowadzić bez zgody rodziców, jeśli jest to niezbędne dla uniknięcia poważnej szkody, a po drugie, mimo odmowy wyrażenia zgody przez rodziców, zabieg może zostać ciągle przeprowadzony, jeśli po „starannym namyśle” pacjent sobie tego życzy. Przepis ten jest oczywiście nieostry – brakuje również jakichkolwiek cech pozwalających rozgraniczyć namysł „staranny” od „niestarannego”. Gdy osoba powyżej 16 roku życia jest niezdolna do udzielenia zgody, lekarz i pełnomocnik pacjenta powinni podjąć decyzję zgodną z wolą pacjenta wyrażoną na piśmie, gdy był on jeszcze zdolny do wyrażenia zgody. Lekarz może jednak nie zastosować się do tego oświadczenia, jeśli uważa istnieją ku temu wysoce uzasadnione powody. Regulacja ta zdaje się być bardzo zbliżona do przepisów niemieckich odnoszących się do zgody w powiązaniu z testamentem życia.

²⁷ A.J.G.M. Janssen, *op.cit.*, s. 170.

²⁸ L.F. Markensteen, *op.cit.*, s. 33.

Specyficznie skonstruowany został art. 451 BW – w przypadku inwazyjnych procedur, zgoda pacjenta ma zostać wyrażona na piśmie tylko na jego życzenie²⁹. Dlaczego lekarz miałby sporządzać na życzenie pacjenta takie pismo? Wydaje się, że leży to raczej w interesie lekarza, dla celów dowodowych i ochrony przed ewentualnymi roszczeniami ze strony kontrahenta, aniżeli pacjenta. Art 452 BW jest identyczny z § 630c BGB, tj. nakłada na strony obowiązek współdziałania w realizacji postanowień umowy. Podobnie art. 453, analogicznie do przepisu niemieckiego, obowiązuje lekarza do zapewnienia takiej opieki medycznej, jakiej należy oczekiwać od dobrego, modelowego „zapewniającego opiekę medyczną”, wyznaczając tym samym profesjonalny standard leczenia³⁰. Należy jednak zauważyć, że w przeciwieństwie do przepisu z BGB, nie występuje tu dyspozycyjność w zakresie odstąpienia od powszechnie akceptowanych metod.

Art. 454 nakłada obowiązek tworzenia dokumentacji i przechowywania jej przez okres co najmniej 10 lat, lecz nie od końca leczenia, ale od daty wytworzenia lub końca okresu, gdy były potrzebne. Dokumentacja może być przechowywana dłużej, jeśli wymaga tego należyta staranność lekarza (np. przy chorobach przewlekłych lub o podłożu genetycznym³¹). Na wniosek pacjenta, dokumentacja zostanie zniszczona w ciągu trzech miesięcy, chyba że „oczywistym jest, że zachowanie dokumentacji może służyć istotnym interesom osób trzecich lub wymagają tego odrębne przepisy”³². Pacjentowi przysługuje również prawo wglądu w dokumentację, jednak bez możliwości modyfikacji wpisów. Lekarz natomiast jest zobligowany do zapewnienia ochrony informacji zawartych w dokumentacji przed osobami trzecimi, za takie nie uznaje się jednak osób bezpośrednio zaangażowanych w proces leczenia lub też lekarzy zastępujących lekarza prowadzącego³³ (rozdzielenie to wydaje się zbędne, gdyż lekarz będący zastępcą lekarza prowadzącego leczenie jest bezpośrednio zaangażowany w ten proces). Ciekawą regulacją jest art. 7:458 BW. Zgodnie z nim, dokumentacja pacjenta, na wniosek osoby trzeciej, może zostać jej dostarczona w celu przeprowadzenia badań statystycznych lub naukowych, bez zgody zainteresowanego jeśli:

- zgoda nie może być *rozsądnie* żądana, a zapewnia się nie nieproporcjonalne naruszenie prywatności,
 - zgoda nie może być *rozsądnie* żądana z uwagi na przedmiot badań, a uniemożliwi się identyfikację poszczególnych pacjentów,
- jednocześnie, następujące kumulatywne warunki muszą zostać spełnione:
- badanie leży w interesie publicznym,
 - badanie nie może zostać przeprowadzone bez tych danych,
 - pacjent nie sprzeciwił się wyraźnie możliwości wykorzystania tych danych w przyszłości.

Fakt wykorzystania danych pacjenta należy odnotować w dokumentacji.

²⁹ *Ibidem*, s. 37.

³⁰ *Ibidem*, s. 35.

³¹ M.C. Ploem, *Medical Research and Informational Privacy*, Medicine and Law 1998, 17, s. 295.

³² L.F. Markenstein. *op.cit.*, s. 39.

³³ *Ibidem*.

Należy jednak zwrócić uwagę na kontrowersyjny aspekt tej regulacji – lekarz prowadzący leczenie nie jest ograniczony w wykorzystaniu danych własnych pacjentów do celów badawczych³⁴. Art. 460 ogranicza prawo lekarza do wypowiedzenia umowy, dopuszczając taką możliwość tylko z ważnych powodów. Podobnie jak w ustawie niemieckiej, przewiduje się wynagrodzenie dla lekarza, chyba że z mocy ustawy lub umowy wynika co innego. Dopuszczalne jest zatem umówienie się o bezpłatne leczenie, co na mocy ustawy niemieckiej nie jest dozwolone. Art. 462 przewiduje solidarną odpowiedzialność szpitala, jeśli leczenie będące przedmiotem umowy między lekarzem a pacjentem jest w nim prowadzone, choćby sam szpital nie był stroną umowy. Prowadzi to zatem do odpowiedzialności podmiotu leczniczego, gdy lekarz np. wynajmuje salę operacyjną. Co więcej, odpowiedzialność ta nie może zostać wyłączona ani ograniczona. Art. 7:465 stanowi złożoną normę regulującą szereg przypadków w których pacjent jest niezdolny do wyrażenia zgody:

- jeżeli pacjent nie osiągnął 12 lat, lekarz powinien przeprowadzić leczenie w zgodzie z życzeniami rodziców lub opiekuna,
- ta sama sytuacja zachodzi, gdy pacjent przekroczył 12 lat, lecz nie jest zdolny do wyrażenia zgody; w przypadku osoby pełnoletniej będącej pod opieką, to opiekun czuwa nad przebiegiem leczenia,
- gdy osoba wymieniona w poprzednim punkcie nie ma opiekuna, lekarz powinien konsultować się z osobą upoważnioną na piśmie do reprezentowania interesów pacjenta; w razie braku takiej osoby powinien to być partner, rodzic, dziecko lub rodzeństwo,
- gdy konsultowanie leczenia z ww. osobami naruszałoby standardy starannego działania, należy od tego odstąpić,
- w razie niezwłocznej potrzeby przeprowadzenia leczenia również należy odstąpić od uzyskiwania zgody osoby trzeciej.

Artykuł 467 BW stanowi, że anonimowe substancje lub wydzieliny pobrane z ciała mogą być użyte dla celów statystycznych lub naukowych, jeśli pacjent się temu nie sprzeciwił, a badania zostaną przeprowadzone z należytą starannością. Warto zwrócić uwagę, że ten przepis jest materią objętą w Polsce zupełnie inną ustawą, tj. Ustawą z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów.

4. Podsumowanie

Z opisu ustawy niemieckiej i holenderskiej wyłania się obraz przepisów o zbliżonych postanowieniach, o różnym jednak zakresie normowania. O ile nowelizacja BGB została ograniczona do kluczowych elementów procesu leczenia i unormowania obowiązków stron, to zmienione przepisy *Burgerlijk Wetboek* regulują także kwestie ochrony danych osobowych i wykorzystania dokumentacji leczenia w badaniach czy pobierania tkanek na potrzeby naukowe. W obu krajach umowa o leczenie została zakwalifikowana jako typ umowy zlecenia, choć w Niemczech w specyficznych sytuacjach mogą mieć zastosowanie przepisy dotyczące umowy o dzieło. W obu krajach nałożono również na pacjenta

³⁴ *Ibidem*, s. 42.

obowiązek zapłaty, choć w Holandii przepis ten ma charakter dyspozycyjny. Odwrotnie została uregulowana kwestia stosowanego standardu leczenia – w Niderlandach jest on przepisem bezwzględnie obowiązującym, natomiast w Niemczech dopuszczalna jest umowna zmiana stosowanego standardu leczenia. W obu krajach nałożono również na strony obowiązek współdziałania, choć efektywność tego przepisu zdaje się być raczej symboliczna. Zarówno w Holandii, jak i w Niemczech warunkiem podjęcia jakichkolwiek działań jest uzyskanie zgody pacjenta. Jednocześnie obowiązek informacyjny ma w Niemczech zostać zrealizowany w formie ustnej, a w Holandii pisemnej, a także różni się zakresem w zależności od rutynowości procedury. Taki sam jest również okres przechowywania dokumentacji, choć w pierwszej z regulacji rozpoczyna on bieg od zakończenia leczenia a w drugiej od jej powstania. Ustawa niemiecka przewiduje dodatkowo domniemanie winy w kilku opisanych w ustawie przypadkach, natomiast regulacja holenderska przyznaje pełną zdolność do czynności prawnych związanych z umową osobom powyżej 16 roku życia. Omawiane tu podobieństwa i różnice obrazuje poniższa tabela:

Regulacja	Niemcy	Holandia
Typ umowy	Zlecenie/*umowa o dzieło	Zlecenie
Zapłata	Obowiązkowa, chyba że osoba trzecia przejmuje	Co do zasady, przepis dyspozycyjny
Standard leczenia	Aktualny, możliwość zmiany	Aktualny
Zgoda	Obowiązkowa, ustna	Obowiązkowa, ustna; pisemna na życzenie pacjenta
Informacja	Ustna, pomocniczo pisemna	Pisemna
Okres przechowywania dokumentacji	10 lat od zakończenia leczenia	10 lat od powstania dokumentu
Dodatkowe uwagi	<ul style="list-style-type: none"> – Domniemanie winy lekarza w wyszczególnionych przypadkach – Obowiązki dowodowe po stronie lekarza – Prawo wglądu do dokumentacji – Dziedziczność prawa do wglądu 	<ul style="list-style-type: none"> – Pełna zdolność do czynności od 16 r.ż. – Ustawowy obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej – Możliwość przekazania (anonimizowanej) dokumentacji na cele badawcze – Solidarna odpowiedzialność szpitala – Domniemanie zgody na wykorzystanie pobranych tkanek do celów badawczych

5. Projekt regulacji polskiej³⁵

Dzięki publikacji projektu zobowiązań świadczenia usług autorstwa Komisji kodyfikacyjnej prawa cywilnego, a dokładnie jego części V, „przepisów o usługach medycznych i innych świadczeniach zdrowotnych”, do powyższego porównania można włączyć proponowaną polską regulację. Zgodnie z art. 32 projektu, przepisy tej części „stosuje się do zobowiązań, na podstawie których wykonawca zobowiązuje się do świadczenia na rzecz pacjenta usługi medycznej lub innego świadczenia, którego przedmiotem jest zmiana lub wpływ na zmianę fizycznego lub psychicznego stanu człowieka”. Nie jest jasne, czy w pojęciu usług medycznych mieszczą się wyłącznie zabiegi o charakterze leczniczym, czy też nieposiadające takiego charakteru. Jeśli usługa wykonywana jest w szpitalu lub siedzibie podmiotu leczniczego, a wykonawca nie może zostać zidentyfikowany, to ten szpital lub podmiot jest uznawany za wykonawcę. Takie rozwiązanie jest znaczącym ułatwieniem dowodowym dla pacjentów.

Przy pomocy artykułu 32a, ustawodawca stara się rozwiązać głośny w ostatnim czasie problem tzw. klauzuli sumienia. Przepis ten stanowi, że w razie istnienia osobistej okoliczności zwalniającej wykonawcę z obowiązku określonego świadczenia, powinien on poinformować o niej przed powstaniem zobowiązania do świadczenia. Jednocześnie § 3 stanowi, że ostrzeżenie to nie zwalnia wykonawcy z obowiązku, jeśli w razie niewykonania świadczenia zachodzi ryzyko zagrożenia życia, ciężkiego rozstroju zdrowia lub inny przypadek niecierpiący zwłoki. Art. 33 wyznacza standard świadczenia, wyznaczający jako wzór „osobę zawodowo świadczącą daną usługę”, „w szczególności zgodnie z aktualną wiedzą, przy zastosowaniu dostępnych metod i środków zapobiegania zagrożeniom, diagnozy stanu pacjenta oraz leczenia”. Przepis ten jest praktycznie identyczny z jego holenderskim i niemieckim odpowiednikiem. Zbliżony charakter ma również art. 34 projektu, stanowiący o wykorzystaniu „narzędzi, lekarstw, materiałów, obiektów oraz pomieszczeń o jakości nie niższej niż wymagana przez przyjętą i rzetelną praktykę zawodową”. Tak więc, o ile w poprzednim przepisie wyznacznikiem standardu był inny (modelowy) profesjonalista, tak tu jest nim „rzetelna praktyka zawodowa”. Kontrowersyjny wydaje się art. 35 proponowanej regulacji – nakłada on na lekarza obowiązek przeprowadzenia wywiadu z pacjentem, wykonania odpowiednich badań i konsultowania innych wykonawców włączonych w proces leczenia. Obowiązek ten jest jak najbardziej racjonalny, nasuwa się jednak wątpliwość, czy w ramy regulacji ustawowej należy włączać wymagane metody postępowania przez lekarza. Nie chodzi tu bowiem o typowy wymóg zachowania „należytej staranności”, czy też inną klauzulę generalną, mającą na celu zachowanie odpowiedniego standardu świadczenia, lecz występuje tu skonkretyzowana instrukcja postępowania przez wykonawcę, która powinna zdaniem autora wynikać nie z obowiązku ustawowego, lecz zawodowych standardów, czy też ogólnych zasad należytej staranności przy wykonywaniu zawodu lekarza.

³⁵ Regulacja polska jest projektem Zespołu Problemowego komisji kodyfikacyjnej Prawa cywilnego do spraw regulacji świadczenia usług, opublikowanym w „Transformacjach prawa prywatnego” 4/2014.

Kolejny przepis konstytuuje rozbudowany obowiązek informacyjny wobec pacjenta, jego przedstawiciela ustawowego lub innej osoby wskazanej przez pacjenta. Ma on być realizowany przez powiadomienie o:

- stanie zdrowia,
- rozpoznaniu,
- proponowanych metodach postępowania i ich skutkach,
- właściwościach i sposobie świadczenia usługi, jej przewidywalnych korzyściach i ryzykach,
- alternatywnych usługach i ich ryzykach oraz
- skutkach nieskorzystania z usługi przez pacjenta.

Dodatkowo, podobnie jak w przypadku regulacji niemieckiej i holenderskiej, zabiegi nieposiadające charakteru leczniczego muszą zostać poprzedzone informacją o wszystkich ryzykach o jakich wykonawca wiedział lub powinien był wiedzieć. Wszystkie informacje powinny zostać udzielone w sposób zrozumiały, a pacjent może zwolnić wykonawcę z wyżej opisanego obowiązku informacyjnego, tworząc tym samym tzw. przywilej terapeutyczny. Lekarz może również sam zdecydować o nieinformowaniu pacjenta o jego stanie zdrowia, jeśli udzielanie tych informacji mogłoby spowodować pogorszenie tego stanu, a także, co zostało wspomniane wyżej, jeśli sam pacjent zażądał nieudzielania tych informacji. Przepisy art. 36 § 5, stanowiącego o nieudzielaniu informacji na żądanie pacjenta (mamy więc do czynienia z zakazem) i art. 38 § 1 pkt. 2 stanowiącego o możliwości nieudzielania informacji przez wykonawcę na wyraźne żądanie pacjenta (możliwość nieudzielenia) wydają się stać w sprzeczności. Jednocześnie pkt 2 wyłącza możliwość nieudzielenia informacji, jeśli mogłoby to powodować zagrożenie dla zdrowia lub bezpieczeństwa osoby trzeciej. Rozbudowany art. 39 nakłada wymóg uzyskania „poinformowanej” zgody pacjenta lub jego przedstawiciela przed wykonaniem usługi – przepis ten jest analogiczny do innych europejskich regulacji, wynika bowiem bezpośrednio z art. 5 Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie³⁶. Zgoda może zostać cofnięta w każdym czasie. W przypadku niezdolności pacjenta do wyrażenia zgody, wykonawca nie może wykonać usługi, chyba że ma ona charakter leczniczy, a zgoda została udzielona przez przedstawiciela ustawowego, osobę wskazaną przez pacjenta lub sąd opiekuńczy. Można wykonać usługę bez zgody na podstawie przepisów odrębnych [najistotniejsze w tym przypadku są przepisy Kodeksu karnego wykonawczego (Dz.U. 1997 nr 90 poz. 557)] a także w sytuacji zagrożenia życia, jeśli nie ma możliwości uzyskania w odpowiednim czasie zgody od przedstawiciela lub osoby wskazanej. § 4 nakłada obowiązek wyrażenia zgody na usługę eksperymentalną na piśmie. *A contrario* należy zatem uznać, że w przypadku usług nieposiadających takiego charakteru zgoda wyrażona ustnie jest wystarczającą, podobnie jak w Niemczech i Holandii.

Art. 40 nakłada obowiązek tworzenia i przechowywania dokumentacji. Okres przechowywania jej ustalono na co najmniej 5 lat od wykonania usługi, po czym ma ona być wydana pacjentowi lub innej, upoważnionej osobie, choć oczywiście w trakcie tego pięcioletniego okresu ma ona być udostępniana pacjentowi, czy też innym umocowanym

³⁶ <http://www.coe.int/pl/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98>.

podmiotom. Kwestia modyfikacji dokumentacji oraz sprostowania wpisów nie została uregulowana. § 4 tego przepisu tworzy domniemanie dowodowe niedochowania należytej staranności i istnienia związku przyczynowego między zachowaniem wykonawcy a uszczerbkiem na zdrowiu pacjenta, jeśli taki uszczerbek zaistnieje, a nie sporządzono dokumentacji wykonania usługi. Dane pacjenta uzyskane przez wykonawcę są poufne, chyba że sam pacjent wyraził zgodę na ujawnienie niektórych z nich (niedopuszczalna jest zatem zgoda na ujawnienie wszystkich informacji), zachodzi potrzeba włączenia innego wykonawcy w proces leczenia, konieczna jest ochrona zdrowia lub życia osób trzecich lub przepisy odrębne stanowią inaczej. Ostatni przepis projektu dotyczący bezpośrednio usług medycznych stanowi, że w razie zamiaru wykonawcy wstrzymania się od wykonania usługi lub odstąpienia od umowy, ma on obowiązek przekazać leczenie pacjenta innej osobie uprawnionej lub za zgodą pacjenta ograniczyć się do wskazania takiej osoby. Stanowi on więc dopełnienie przepisu art. 32a, należy jednak zauważyć że o ile artykuł wcześniejszy reguluje sytuację przed powstaniem zobowiązania, to art. 42 reguluje sytuację, gdy zobowiązanie już powstało. Większość przepisów projektu, mając na celu ochronę pacjenta, ma charakter semiimperatywny, wyłączający możliwość ograniczenia ich stosowania na niekorzyść pacjenta. Dodatkowy przepis, będący propozycją do części ogólnej zobowiązań, tworzy domniemanie odpłatności w przypadku świadczeń niepieniężnych, chyba że strony umówiły się odmiennie – regulacja ta jest analogiczna do holenderskiej.

* * *

Medical Treatment Agreement: a Comparative Perspective

A medical treatment agreement does not exist in the Polish legal system and has not been regulated in most of the European states. Although in a few EU states some efforts to regulate such a contract have been undertaken, for example through „Patients’ cards”, the Dutch and German legislators have added that contract to the civil codes of those countries. In the article I attempt an analysis and comparison of those model regulations and of the project of a Polish regulation of that contract. An analysis of the laws from those two countries was necessary, since despite their similar character, they differ in detail. To that I add the Polish project, as it seems to be a needed revision of the existing laws which are dispersed through numerous acts. That solution would be beneficial to both the professional and the consumer parties of the agreement.

Key words: medical treatment agreement, comparative law, medical law, dutch law, german law

Jan Kluza, Konrad Sączek¹

Odpowiedzialność za „Inne naruszenie cudzych praw autorskich lub praw pokrewnych” jako nieuzasadniona ochrona karna. Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 15/13

Streszczenie:

Przedmiotem omówienia jest „naruszenie cudzego prawa autorskiego w inny sposób”, co według autorów nie czyni zadość konstytucyjnym wymogom określoności przepisów karnych i z punktu widzenia odpowiedzialności karnej nie może stanowić podstawy do takiej odpowiedzialności ze względu na brak dostatecznego określenia czynności sprawczej. Prowadzi to do sytuacji, w której jeśli wobec oskarżonego nie mają zastosowania przepisy art. 115 (ust. 1-2) – 119 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, będzie można go pociągnąć do odpowiedzialności z tytułu „innego naruszenia prawa autorskiego”. Wskazać również trzeba na subsydiarność prawa karnego, która zakłada, że prawo karne nie powinno wkraczać w obszar regulowany przez inne gałęzie prawa. Mając na względzie szczególne reguły wykładni prawa karnego, z powyższych względów uznać należy, że w obszarze prawa autorskiego karna ochrona dóbr prawnych posunięta jest zbyt daleko. Sam art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jako niezwykle kontrowersyjny, został niedawno poddany analizie pod względem konstytucyjności w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 17 lutego 2015 r., K 15/13. Autorzy w swojej pracy skupią się przede wszystkim na omówieniu zasadności stosowania odpowiedzialności karnej w ramach własności intelektualnej, problematyki stosowania art. 115 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ze szczególnym naciskiem na ust. 3 niniejszego artykułu wraz z postulatami *de lege ferenda* oraz na analizie krytycznej ww. orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność karna, naruszenie praw autorskich, inne naruszenie prawa, znamiona przestępstwa, prawa twórcy

¹ Autorzy są absolwentami prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Kto jeszcze wierzy, że cokolwiek jest pewnego w życiu, ten się myli
Antyfanos

1. Wstęp

Prawo autorskie, jako część większej gałęzi prawa cywilnego, korzysta z cywilnych środków ochrony przed naruszeniem prawa. Jednak również normy karne stanowią ważny element ochrony prawa autorskiego, czego wyrazem są przepisy rozdziału XIV ustawy o prawie autorskim. Polskie prawo karne nie realizuje bowiem zasady jednolitości prawa karnego, toteż część przepisów karnych znajduje się poza Kodeksem karnym. Prawnoautorskie przepisy karne sprowadzają się w dużej mierze do ochrony przed bezprawnym rozpowszechnieniem utworu podlegającego ochronie i w swej budowie często przypominają konstrukcje wybranych przestępstw przeciwko mieniu. W tę konwencję nie wpisuje się przepis art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych², który penalizuje naruszenie prawa autorskiego w „inny sposób”. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest znaczne rozszerzenie karnej ochrony praw autorskich, albowiem opis czynu zabronionego nie jest zawarty w akcie normatywnym, lecz pozostawiony zostaje sędziowskiemu uznaniu. Autorzy w niniejszym omówieniu skupią się na przedstawieniu problematyki stosowania wskazanego przepisu w świetle podstawowych zasad prawa karnego oraz poddając ocenie wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2015 r. K 15/13. Polski system prawa karnego nie realizuje zasady wyłączności kodeksu karnego w dziedzinie regulowania norm sankcjonowanych i sankcjonujących, stąd też przepisy karne znajdują się wielu ustawach szczegółowych regulujących określone dziedziny prawa. Z mocy jednak art. 116 k.k. do wszystkich typów pozakodeksowych, zastosowanie znajduje część ogólna kodeksu karnego określająca zasady odpowiedzialności karnej, a przede wszystkim odpowiednie przepisy Konstytucji, które dają kompetencję do wkraczania organom władzy w prawa i wolności osobiste każdego człowieka. W kontekście wymogu określoności prawa omówienia wymagają typy penalizujące „inne naruszenia” prawa na dobrach niematerialnych określone w ustawach o prawie autorskim.

2. Zasady odpowiedzialności karnej

Odpowiedzialność karna uruchamiania jest w momencie popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (art. 1 § 1 k.k.). Na strukturę przestępstwa składa się więc bezprawność czynu, jego karalność, karygodność oraz zawinienie. Z uwagi na istotę prawa karnego, przepisy regulujące odpowiedzialność karną podlegają ściśle określonym regułom. Z tego powodu, wśród podstawowych cech norm karnych wymienia się słusznie zakaz stosowania analogii (w szczególności na niekorzyść), zakaz wstecznego działania ustawy, nakaz dostatecznej określoności podstaw odpowiedzialności karnej oraz zakaz

² Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. 1994 nr 24 poz. 83), dalej także jako „ustawa”, „prawo autorskie”.

wyprowadzenia odpowiedzialności karnej z innego źródła niż prawo stanowione³. Z uwagi na to, że cechy te wywodzone są z konstytucyjnej zasady *nullum crimen nulla poena sine lege*, w świetle omawianego zagadnienia podstawowe znaczenia mają dwie ostatnie z wyżej wymienionych.

Wymóg określoności przepisów karnych oznacza obowiązek takiego sformułowania przepisów by ich odbiorca mógł je zrozumieć i przestrzegać, a więc muszą być one zrozumiałe i jasne dla ich adresata (*nullum crimen sine lege certa*). Naruszeniem tego wymogu będzie więc sformułowanie norm sankcjonowanych w oparciu o niejasne konstrukcje stylistyczne, czy nadmierne używanie sformułowań pochodzących spoza języka potocznego, jednak najczęstszym naruszeniem tego wymogu jest konstruowanie czynności wykonawczej za pomocą znamion ocennych lub nieostrych, które utrudniają wyznaczenie brzegowych zachowań realizujących znamiona czynu zabronionego⁴. Ustawa musi zatem wyraźnie wskazywać na sferę czynów zabronionych i określać wystarczająco każdy z elementów składających się na strukturę danego przestępstwa⁵. Z treści norm karnych wynika bowiem informacja, jakie zachowanie jest pożądane przez ustawodawcę oraz polecenie skierowane do adresata, by zachował się zgodnie z treścią tej normy⁶. Przepis, z którego nie można zdekodować o jakie zachowania w nim chodzi, nie spełnia więc swojej podstawowej funkcji. Wymóg dostatecznej określoności przepisów karnych konieczny jest także dla dokonania oceny, czy w konstrukcji danego typu zachowania została zasada stosunkowości, która zakłada, że sankcja karna musi być adekwatna do stopnia społecznej szkodliwości zachowań penalizowanych danym typem⁷.

Drugim zagadnieniem, które w sposób szczególny dotyczy funkcjonowania przepisów karnych, jest konstytucyjny wymóg kształtowania norm karnych jedynie w drodze ustawy. Zasada wyłączności ustawy w dziedzinie stanowienia prawa karnego wymaga nie tylko by wszelkie normy prawne dotyczące odpowiedzialności karnej wyprowadzane były z ustawy uchwalonej zgodnie z literą prawa przez parlament, ale także by wszelkie ograniczenia w zakresie konstytucyjnych wolności i praw ustanawiane były w drodze ustawy i tylko wtedy, gdy są konieczne (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Z zasady tej wynika zarówno gwarancja dla praw jednostki przed arbitralnym działaniem władzy, poprzez ustanowienie sztywnych ram, w obrębie których może się ona poruszać, jak również gwarancja dla prawidłowego funkcjonowania państwa poprzez przestrzeganie zasady trójpodziału władzy, w ramach której zachowany zostaje balans między władzą ustawodawczą, sądowniczą i wykonawczą⁸. Konsekwencją tak ukształtowanego wymogu regulacji przepisów karnych jest wykluczenie z kręgu źródeł prawa karnego precedensów, doktryny oraz prawa zwyczajowego, natomiast w wąskim zakresie dopuszczalne

³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 94.

⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 16.

⁵ A. Grześkowiak, *Prawo karne*, Warszawa 2009, s. 23.

⁶ A. Zoll [w:] *Źródła prawa karnego. System Prawa Karnego. Tom II*, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 230.

⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 102.

⁸ *Ibidem*, s. 94–95.

jest funkcjonowanie przepisów o charakterze podustawowym, które niemniej muszą mieć charakter aktu wykonawczego wydanego na podstawie wyraźnej delegacji ustawowej i tylko w jej granicach⁹. Nie jest jednak możliwe określenie wyłącznie w drodze aktu podustawowego przesłanek aktualizujących odpowiedzialność karną¹⁰. Charakteru tego nie będą spełniać przepisy, które w swych znamionach zawierają klauzule generalne lub normy blankietowe. Dla spełnienia wymogu ustawowego opisu czynu zabronionego konieczne jest, aby z samego opisu ustawowego możliwe było zrekonstruowanie określonych zachowań, które uznane zostają za zabronione¹¹. Z bogatego w tej dziedzinie dorobku Trybunału Konstytucyjnego jednoznacznie wynika, że podstawowe elementy odnoszące się do struktury przepisów o charakterze represyjnym (a więc nie tylko przestępstw) muszą zostać określone w drodze ustawy¹². W orzeczeniu z 2001 r. TK uznał¹³, że dopuszczalne jest doprecyzowywanie znamion czynu zabronionego w akcie wykonawczym wydanym zgodnie z art. 92 Konstytucji, natomiast w 2003 r. TK orzekł¹⁴, że „czyn zabroniony i rodzaj oraz wysokość kar i zasady ich wymierzania muszą zostać określone bezpośrednio w ustawie, przy czym Konstytucja nie wyklucza doprecyzowania niektórych elementów przez akty podustawowe (zasada wyłączności ustawy w sferze prawa represyjnego)”. W związku z tym rolę organu władzy wykonawczej nie jest decydowanie o tym, jaki czyn ma być zabroniony, określanie jego znamion czy treści, a jedynie dookreślanie tych elementów, które ustawodawca uznaje za zabronione¹⁵.

3. Karalność „innych naruszeń prawa” autorskiego

Zgodnie z art. 115 ust. 3 ustawy, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w inny sposób niż określony¹⁶ w ust. 1 lub 2 narusza cudze prawa autorskie lub określone w przepisie prawa pokrewne lub nie wykonuje obowiązków w nim określonych, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Przestępstwo określone w tym przepisie ma postać wieloodmianową, ponieważ jego popełnienie jest możliwe przez różnie określone czynności sprawcze. Czynności te określone zostały jako inne naruszenie praw autorskich lub pokrewnych taksatywnie wymienionych

⁹ *Ibidem*, s. 100.

¹⁰ A. Zoll [w:] *Źródła prawa karnego...*, s. 256.

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *op.cit.*, s. 101.

¹² Por.: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 grudnia 1993 r., sygn. K 7/93, OTK 1993 nr 2, poz. 42; wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r. sygn. K. 11/94, OTK 1995, poz. 12.

¹³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 20 lutego 2001 r., sygn. P 2/00 (Dz.U 2001 nr 14 poz. 145).

¹⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 8 lipca 2003 r., sygn. P 10/02 (Dz.U 2003 nr 134 poz. 1265).

¹⁵ A. Zoll [w:] *Źródła prawa karnego...*, s. 257.

¹⁶ Art. 115: 1. Kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3.

2. Tej samej karze podlega, kto rozpowszechnia bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie albo publicznie zniekształca taki utwór, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie.

w przepisie, bądź niewykonanie określonych ustawą obowiązków (m.in. obowiązek ujawnienia osoby trzeciej zajmującej się handlem dzieł sztuki bądź zapłata wynagrodzenia, uiszczenie opłaty reprograficznej).

Dla ustalenia zakresu penalizowania czynności przez ten typ niezbędne jest sięgnięcie do odpowiednich przepisów ustawy, do których typ ten się w swej treści odwołuje. Artykuł 115 prawa autorskiego, najogólniej rzecz biorąc, dotyczy penalizacji tzw. plagiatu, natomiast przedmiot ochrony zawarty w tym przepisie dotyczy zarówno osobistych praw autorskich, jak i praw majątkowych, a także pośrednio dotyczy dobrego imienia i godności twórcy¹⁷. Zasadniczą formą plagiatu, zgodnie z art. 115 ust. 1 ustawy, jest działanie sprawcy, który cudzy utwór traktuje jak swój własny, czemu daje wyraz poprzez podawanie swojego nazwiska przy utworze, wprowadzanie w błąd co do prawdziwego autorstwa, czy też utożsamianie się z osobą twórcy¹⁸. Przestępstwa określone w art. 115 ustawy stanowią typ powszechny, to znaczy jego sprawcą może być każdy, jednak zasadniczą różnicą między ustępem 3 tego przepisu a pozostałymi typami jest jego strona podmiotowa. Naruszenie to może mieć miejsce wyłącznie, gdy sprawca działa z zamiarem bezpośrednim, celem osiągnięcia korzyści majątkowej, podczas gdy popełnienie plagiatu może mieć miejsce wyłącznie w wyniku działania celowego, jednakże bez konieczności działania w celu osiągnięcia korzyści¹⁹. Osiągnięcie korzyści nie stanowi jednak skutku warunkującego odpowiedzialność z tytułu tego przestępstwa, wystarczające jest podjęcie działań w tym celu²⁰. Naruszenie więc prawa autorskiego lub pokrewnego, o jakim mowa w przepisie, musi mieć postać inną aniżeli przywłaszczenie sobie autorstwa, wprowadzenia co do niego w błąd lub rozpowszechnienia bez jego oznaczenia. Znamię to w języku polskim ma wiele znaczeń i oznacza w języku potocznym uszkodzenie, zepsucie, zakłócenie²¹. Implikuje to problem adekwatności stosowania norm karnych dla ochrony praw twórców. W kontekście naruszenia praw autorskich i pokrewnych stwierdzić należy, że pod pojęciem tym kryje się niezgodne z prawem wkroczenie w obręb wymienionych w przepisie regulacji prawnych. Szerokie określenie czynności sprawczej może sprawiać trudności interpretacyjne, szczególnie w kontekście dozwolonego użytku. Wymienić tutaj należy przykładowo działanie sprawcy, które w jego przekonaniu stanowić będzie dozwolony użytek (art. 23 prawa autorskiego) lub nieprawidłowo oznaczony lub przytoczony cytat (art. 29), czy przekroczenie granic parodii [art. 29 (1)]. Naruszenie praw autorskich twórcy będzie miało także miejsce w razie błędnego podania nazwiska twórcy, podania tylko jednego lub kilku nazwisk współautorów, źródła korzystania z utworu, czy w razie udostępnienia

¹⁷ K. Gienas [w:] E. Ferenc-Szydełko, *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 115, teza nr 2.

¹⁸ *Ibidem*, komentarz do art. 115, teza nr 3-5.

¹⁹ J. Jurewicz, *Uwagi o odpowiedzialności karnej za naruszenie praw autorskich i praw pokrewnych*, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica 2012, nr 71, s. 12.

²⁰ J. Raglewski [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, komentarz do art. 115, teza nr 40.

²¹ J. Mozgawa, J. Radoniewicz, *Prawnokarne aspekty prawa autorskiego (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, Warszawa 2002, s. 10.

utworu osobom spoza katalogu z art. 23 ust. 2. Każdorazowe stwierdzenie przez sąd naruszenia praw autorskich w drodze powództwa cywilnego oznaczać będzie naruszenie prawa autorskiego w myśl art 115 ust. 3. Co prawda cel działania sprawcy, jakim jest osiągnięcie korzyści, wyłączać będzie możliwość działania w ramach dozwolonego użytku osobistego, dlatego przykładowo wskazać można, że znamiona typu realizować będzie ściąganie plików z Internetu, jeżeli w jego wyniku lub czynności bezpośrednio z nim związanych następuje przysporzenie majątku albo uniknięcie w nim strat²², co z pewnością ma miejsce, ponieważ osoba taka wówczas nie ponosi kosztów związanych z nabyciem danego utworu. Cel zarobkowy jednak nie wyklucza dozwolonego użytku na potrzeby cytatu, czy karykatury, dlatego na tym gruncie może dochodzić do realizacji znamion przestępstwa. Nierzadko w takich przypadkach możliwe będzie wyłączenie odpowiedzialności karnej na podstawie art. 28 par. 1 k.k. ze względu na wyłączenie umyślności z powodu działania w błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Artykuł 115 ma więc charakter klauzuli dopełniającej wobec przestępstwa plagiatu, co skutkuje tym, że w zasadzie każde naruszenie wskazanych w przepisie praw prowadzić będzie do odpowiedzialności karnej²³.

4. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2015 r. K 15/13

W dniu 17 lutego 2015 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok, w którym orzekł, iż art. 115 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest zgodny z art. 42 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

4.1. Niedookreśloność znamion czy klauzula negatywna?

Wniosek o zbadanie zgodności wyżej wymienionego przepisu ustawy z wzorcem konstytucyjnym zawartym w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich. W swoim uzasadnieniu słusznie wskazywał on między innymi na problem braku precyzyjności i ścisłości wymaganej dla przepisów regulujących formę odpowiedzialności karnej i w związku z tym stworzenie otwartego zakresu znamion czynu zabronionego z brakiem realnej możliwości precyzyjnego wskazania jakie zachowania będą penalizowane. Rzecznik zwrócił uwagę na potrzebę skonfrontowania art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z zasadą określoności czynu zabronionego, o której mowa w art 42 ust. 1 Konstytucji RP. Zarzuty te zasługują na pełną akceptację. Tak określona forma czynności sprawczej czynu zabronionego nie pozwala bowiem odbiorcy tej normy na zrekonstruowanie z niej zachowania, którego jest on obowiązany przestrzegać. Powszechne rozumienie stanowionych przepisów jest tymczasem jedną z podstawowych cech nie tylko norm karnych, ale norm prawnych w ogóle. W sytuacji, w której przedstawicielom doktryny trudno jest wypracować jednolity sposób rozumienia pojęcia „innego naruszenia” prawa, nie można oczekiwać od przeciętnego odbiorcy by przestrzegał niekonkretyzowalnych zakazów

²² N. Gawęł, *Niedookreślone sformułowania w prawie są zgodne z konstytucją*, Prawo i Podatki 2015, nr 6, s. 18.

²³ J. Raglewski [w:] *Prawo autorskie...*, komentarz do art. 115, teza nr 36.

pod groźbą kary. RPO zwrócił również uwagę na zacieranie się granicy pomiędzy sferą odpowiedzialności cywilnoprawnej za naruszenie praw a odpowiedzialnością karną, która w jego ocenie może być zbyt daleko idąca, czego szczególnym wyrazem jest ochrona przewidziana w art. 79 ustawy przewidującym odpowiedzialność cywilną za naruszenie autorskich praw majątkowych²⁴. Pogląd Rzecznika Praw Obywatelskich podzielił także Prokurator Generalny, który powołał się na opinie wyrażane w doktrynie, kwestionujące konstytucyjność omawianego przepisu. Prokurator Generalny trafnie zarzucił regulacji przede wszystkim brak precyzyjności co do realnej możliwości rekonstrukcji strony przedmiotowej przez potencjalnego naruszcyciela wynikającej z niniejszego przepisu, co może prowadzić do wkraczania sądu w sferę zastrzeżoną dla ustawodawcy. Brzmienie art. 115 ust. 3 prawa autorskiego prowadzi bowiem do sytuacji, w której to najpierw oskarżyciel, a następnie sąd rozpoznający oskarżenie musi zadecydować, czy poddane ocenie zachowanie stanowi w jego przekonaniu „inne naruszenie prawa”. Ocena ta jest w dużej mierze subiektywna, ponieważ treść przepisu nie pozwala na kompleksowe przedstawienie zespołu znamion tego czynu zabronionego. Niemożność ustalenia znamion przestępstwa w tym przypadku niejednokrotnie może znaleźć odzwierciedlenie w postaci wyłączenia odpowiedzialności karnej na gruncie art. 28 § 1 k.k. Jako z gruntu rzeczy niewłaściwe należy określić stanowienie i funkcjonowanie przepisów karnych, których znamiona strony przedmiotowej ze swej natury powodują możliwość mylnego ich rozumienia. Stanowisko takie prezentuje PG, który stwierdza, że

jeżeli ustawodawca nie jest w stanie wyodrębnić najbardziej typowych i charakterystycznych sposobów zachowań sprawczych, to w tym zakresie nie powinien wprowadzać normy penalizującej każde możliwe zachowanie. Zasady *nullum crimen sine lege scripta* oraz *nullum crimen sine lege certa* gwarantują bowiem, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu. (...) Zaskarżona norma [art. 115 ust. 3 pr. aut. – przyp. aut.] stwarza stan niepewności jednostki co do zakresu zachowań dozwolonych i niedozwolonych, a jej stosowanie może prowadzić, w sposób sprzeczny z konstytucyjną zasadą państwa prawa, do dowolności orzekania, gdyż sąd, rozstrzygając o odpowiedzialności karnej w konkretnym stanie faktycznym, w istocie będzie stanowił, a nie stosował, prawo²⁵.

Pogląd ten jest słuszny z tego powodu, że przestępstwo posiada otwarty zespół znamion²⁶, a zatem na sąd został przerzucony obowiązek ustalenia, czy dana czynność sprawcy w ogóle powinna podlegać prawnokarnym ocenom.

Stanowisko zgoła odmienne zajął Marszałek Sejmu, wskazując m.in. na nieprecyzyjność zarzutów Rzecznika Praw Obywatelskich przez użycie wyrażenia „otwartość

²⁴ Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 11 kwietnia 2013 r., RPO-729135-II-13/ST.

²⁵ Stanowisko Prokuratora z dnia 22 sierpnia 2013 r., PG VIII TK 38/13.

²⁶ Z. Cwiakalski, *Wybrane zagadnienia przedawnienia karalności przestępstw przewidzianych w ustawie o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, tom II*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 829–838.

znamion”. Według Marszałka Sejmu, strona przedmiotowa spornego przepisu nie jest nadmiernie niedookreślona, ponieważ w swojej istocie stanowi ona właśnie dookreślenie od strony negatywnej art. 115 ust. 1 i 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Dalsze zawężenie zastosowanie przepisu wynika z przyjętej strony podmiotowej, tj. działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, które to wskazuje na działanie z zamiarem bezpośrednim. Nadmieniał również, że z zasady określoności regulacji z zakresu prawa represyjnego z całą pewnością nie wynika obowiązek ustanawiania kazuistycznych regulacji, jak w jego ocenie rozumie go wnioskodawca²⁷. Polemika Marszałka Sejmu ze stanowiskami RPO i PG w żaden sposób nie może zostać uznana za słuszną, a co więcej argumenty przezeń wysnuwane są błędne. Nie można się zgodzić, że przepis art. 115 ust. 3 ustawy stanowi negatywne dookreślenie znamion czynu zabronionego opisanych w art. 115 ust. 1 i 2 ustawy, ponieważ konstrukcja taka jest obca prawu karnemu. Czym innym i prawnie dopuszczalnym jest konstruowanie typów zabronionych w postaci znamion negatywnych („brak uprawnienia”, „bez zgody”), czy też przez klauzule dookreślające zespół znamion czynu zabronionego („wbrew przepisom ustawy”, „bezprawnie”), które jednak znajdują dookreślenie w innych aktach ustawowych. Konstrukcja ta jednak znacznie różni się od tezy prezentowanej przez Marszałka Sejmu, ponieważ ich występowanie każdorazowo prowadzić musi do dekodowania określonej normy sankcjonowanej, tzn. o jaką zgodę chodzi w przepisie, czy wbrew jakiemu konkretnemu prawu nie należy postępować²⁸. Zarzut Marszałka co do kazuistyki wniosku RPO nie jest także argumentem trafny. Kazuistyczne brzmienie przepisu oznacza bowiem w gruncie rzeczy sprowadzenie przepisu do opisu konkretnej sytuacji faktycznej. W żaden sposób nie można się zgodzić z tym, że postulaty zgłaszane w toku postępowania przed TK miały taki właśnie charakter. Czymś zasadniczo innym jest sformułowanie przepisu w sposób, który bez trudu pozwala na jego interpretację, a czym innym wprowadzenie w jego treść nadmiaru elementów, które w ten sposób pozbawiają go abstrakcyjnego charakteru. Co więcej, art. 115 ust. 3 prawa autorskiego stanowi odrębny typ czynu zabronionego, dlatego stanowisko MS o tym, że stanowi on klauzulę dopełniającą w stosunku do przestępstw z ust. 1 i 2, jest błędne. Opis czynu zabronionego może sprowadzać się do częściowego odesłania do znamion zawartych w innym przepisie, nie może jednak stanowić nieograniczonego pola w stosunku do innych przestępstw.

4.2. Ochrona na przyszłość

Trybunał niesłusznie zgodził się z argumentacją Marszałka Sejmu, dopuszczającą możliwość określania pewnych zachowań przez ustawodawcę ogólnie ze względu na cel, jaki ma być osiągnięty przez ich realizację²⁹ oraz m.in. powołując się na poprzedni wyrok

²⁷ Stanowisko Marszałka Sejmu z dnia 30 stycznia 2014 r., BAS-WPTK-961/13.

²⁸ Zob. więcej: S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 304–318.

²⁹ Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2009 r. P 31/07, OTK Seria A 2009 nr 9, poz. 144.

TK, w którym to tenże stwierdził, że „zasada określoności ustawy karnej nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi lub ocennymi jeśli ich desygnaty można ustalić oraz nie oznacza wymogu jasności i komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego w stopniu absolutnym³⁰”. Czym innym jest jednak posługiwanie się znamionami nieostrymi i ocennymi, których wystąpienie w określonych sytuacjach można obiektywnie stwierdzić, a czym innym posługiwanie się zwrotami niedookreślonymi, gdzie nie można wytyczyć wyraźnej granicy ich występowania. O ile bowiem można ocenić co jest rażące, istotne, szczególnie okrutne, czy też nie, tak nie można z góry określić co jest „innym naruszeniem prawa”. W konsekwencji powyższego oczywistym jest również, że samo w sobie użycie sformułowania „w inny sposób”, które wykorzystywane jest również w wielu innych przepisach kodeksu karnego stanowiących o odpowiedzialności m.in art. 118a § 2 pkt 4 k.k. „kto dopuszcza się zgwałcenia albo stosując przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp w inny sposób narusza wolność seksualną osoby...”, art. 153 § 1 k.k. „kto stosując przemoc wobec kobiety ciężarnej lub w inny sposób bez jej zgody przerywa ciążę albo przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza kobietę ciężarną do przerwania ciąży...”, art. 165 § 1 pkt 4 k.k. „kto sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach zakłócając, uniemożliwiając lub w inny sposób wpływając na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych...”, art. 217 k.k. „kto uderza człowieka lub w inny sposób narusza jego nietykalność cielesną...”, art. 217a k.k. „kto uderza człowieka lub w inny sposób narusza jego nietykalność cielesną w związku z podjętą przez niego interwencją na rzecz ochrony bezpieczeństwa ludzi lub ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego...” nie jest niezgodne z zasadą określoności prawa, o ile nie pozostawia wątpliwości co do tego co jest zabronione. W przywołanych przepisach określenie „innego naruszenia” nie jest znamieniem samym w sobie, ponieważ działanie w „inny sposób” musi wywołać określony w danym przepisie skutek (w przypadku przestępstw materialnych) lub co najmniej nie pozostawiać złudzeń co do desygnatów określonego sformułowania (tak jak w przypadku „innego naruszenia nietykalności cielesnej”), co jest podstawową różnicą między konstrukcją tych typów a przepisem art. 115 ust. 3 prawa autorskiego. Jak wskazują również Ryszard Markiewicz i Stanisław Sołtysiński „problemy pojawiają się dopiero ze względu na «zastosowanie» powyższych ustaleń do przepisów prawa autorskiego, do których odsyła art. 115 ust. 3 u.p.a.p.p.”³¹, ponieważ ustalenie kręgu czynności, które „w inny sposób naruszają cudze prawo autorskie” jest dużo bardziej problematyczne aniżeli powodowanie „w inny sposób” przerwania ciąży lub naruszenia nietykalności cielesnej, a to z tego powodu, że również samo pojęcie „cudzego prawa autorskiego” jest bardzo labilne. Nieoczywistość i specyfika prawa autorskiego nie pozwala na przyjęcie, że w sposób jasny i powszechnie zrozumiały można postawić granicę między naruszeniem praw autorskich a zrachowaniami legalnymi.

³⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 stycznia 2003 r. K 2/02 (Dz.U. 2003 nr 24 poz. 202).

³¹ R. Markiewicz, S. Sołtysiński, *Konstytucyjne aspekty praw autorskich (uwagi na marginesie dwóch orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego)*, Państwo i Prawo 2015, Zeszyt 12 (838), s. 8.

Trybunał w uzasadnieniu wskazuje na ogólnoprewencyjną i indywidualną funkcję przepisów karnych prawa autorskiego, która sprowadzać ma się do odstraszenia potencjalnych naruszcycieli praw autorskich. Słusznie podnoszą Ryszard Markiewicz i Stanisław Sołtysiński, że tak daleko idąca penalizacja praw autorskich i groźba odpowiedzialności karnej może działać również „ogólnoprewencyjnie” wobec działań nie naruszających tychże praw³². Z pewnością, jest to zbyt ekspansyjna ochrona uderzająca w swobodne korzystanie z dorobku kultury. Co więcej, taka wykładnia przepisu prowadzić może również do stosowania w toku postępowania przed sądem karnym do niedopuszczalnej analogii na niekorzyść oskarżonego. Ze względu na brak ściśle określonych ram czynności sprawczej, w toku postępowania strona oskarżycielska posługiwać będzie się analogią w stosunku do pozostałych przestępstw zawartych w ustawie o prawie autorskim, znacznie rozszerzając krąg czynów zabronionych w tej ustawie. Również argument Trybunału Konstytucyjnego, że rzadkie oddawanie w kwalifikacji prawnej czynu z art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wskazuje na brak represyjnego oddziaływania przez ten przepis na społeczeństwo³³ jest niezrozumiały i ma on charakter pozaprawny, niezwiązany z problematyką zgodności przepisu z wzorcami konstytucyjnymi. Trybunał wskazał na statystyki stosowania przepisu przez wymiar sprawiedliwości. Zgodnie z nimi m.in. w okresie od 2008 r. do końca pierwszego półrocza 2013 r. wszczęto 239 postępowań, z czego w 42 przypadkach skierowano akty oskarżenia, z czego tylko 28 zakończyło się wyrokiem skazującym. Według Trybunału oznacza to że „W żaden sposób nie zostało więc wykazane niebezpieczeństwo dowolności orzekania przez sądy ani że przepis ten stanowi narzędzia nacisku aparatu państwowego na obywateli”³⁴. Ciężko zgodzić się z takim stanowiskiem. Nie można przecież prawidłowo twierdzić, że jeśli skala zjawiska jest mała, to problem nie istnieje i jeśli nawet ktoś poniesie odpowiedzialność z niekonstytucyjnego przepisu, to będzie to problem jednostkowy. Twierdzenie takie można by sprowadzić do absurdu i przytoczyć żart, w którym ławnik orzekając o winie oskarżonego mówi „może on niewinny to dajmy mu «zawiasy»”. Co więcej, Trybunał odwołując się do statystyk kryminologicznych jest niekonsekwentny, w tym samym orzeczeniu odrzuca on bowiem twierdzenia Zbigniewa Ćwiąkalskiego, na które powoływał się Rzecznik Praw Obywatelskich właśnie ze względu na irrelevantną ocenę przepisu z punktu widzenia granic i kierunków polityki kryminalnej państwa i na dalszą konstatację, iż przedmiotem rozstrzygnięcia w ocenianej sprawie było jedynie to, czy art 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych jest zgodny z wymaganiami stawianymi w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. Zbigniew Ćwiąkalski pisze:

Określenie czynności sprawczej jako «inne naruszenie», bez bliższego dookreślenia, może prowadzić do wątpliwości co do prawidłowej kwalifikacji prawnej konkretnego zachowania. W rezultacie taką kolizję należy rozwiązywać opierając

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lutego 2015 r., K 15/13 (Dz.U. 2015 poz. 280).

się na regułach derogacyjnych opracowanych w nauce prawa karnego dla niewłaściwego lub pozornego zbiegu przepisów ustawy (*lex specialis derogat legi generali* – przepis szczególny wyłącza przepis ogólny, *lex consumens derogat legi consumptae* – przepis konsumujący wyłącza przepis konsumowany, *lex primaria derogat legi subsidiariae* – przepis pierwotny wyłącza przepis posiłkowy) (...) Niewątpliwie odpowiedzialność prawnokarna wydaje się iść w tym zakresie za daleko. (...) Zasadnie zwrócono też uwagę, że art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych uprzywilejowuje twórców, artystów wykonawców, producentów fonogramów i wideogramów oraz organizacje radiowe i telewizyjne w sposób wyjątkowy. W zasadzie bowiem każde naruszenie ich praw w zakresie, o jakim mowa w przepisie, rodzi odpowiedzialność karną (...). Wydaje się, że prawo karne nie powinno aż tak dalece ingerować w stosunki cywilnoprawne i wyręczać uprawnionego w dochodzeniu roszczeń z tego tytułu na tej właśnie drodze. Prawo karne powinno przymuszać do spełnienia świadczenia zupełnie wyjątkowo (np. roszczenia alimentacyjne)³⁵.

Z. Ćwiąkański wskazuje tu na kolejny problem, który porusza szerzej również J. Raglewski – chodzi o fakt, iż typy przestępne z art. 115 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych ścigane są z oskarżenia publicznego. Proces cywilny w sprawach o ochronę praw autorskich ze względu m.in na opinie biegłych jest często bardzo kosztowny, proces karny gdzie to oskarżyciel publiczny zobowiązany jest zebrać materiał dowodowy, a pokrzywdzony może również uzyskać odpowiednią ochronę majątkową, staje się niezwykle atrakcyjny. Konsekwencje tego są takie, że proces karny, który powinien pełnić funkcje niejako uzupełniające i wyjątkowe, wychodzi na pierwszy plan³⁶. W naszej ocenie przepisy karne opisane w rozdziale XIV ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych powinny być ścigane z oskarżenia publicznego na wniosek lub, tak jak było przed nowelizacją z 2005 r., tj. w trybie prywatnoskargowym.

Po analizie wyroku Trybunału Konstytucyjnego podzielamy odczucia Ryszarda Markiewicza i Stanisława Sołtyśńskiego, którzy piszą, że Trybunał co prawda uznał zarzut nieprecyzyjności przepisu jako zasadny, ale ze względu na specyfikę prawa autorskiego, gdzie trudność o „kontury ochrony” i zachowanie celu ustawodawcy, który nie jest w stanie nadążyć za rozwijającą się techniką, przepis nie może zostać usunięty z ustawy. Z pewnością szybki rozwój własności intelektualnej i powstawanie oraz ulepszanie technologii nie mogą usprawiedliwiać przyjętej konstrukcji z art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ustawodawca powinien wymagać wyższych standardów precyzji legislacyjnej przede wszystkim od siebie. Jeśli natomiast stworzenie odpowiednich przepisów na gruncie prawa karnego nie jest technicznie możliwe, powinien on zrezygnować z ich kryminalizacji

³⁵ Z. Ćwiąkański, *Komentarz do art. 115 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. J. Barta, R. Markiewicz, Lex, 2011, akapit 31 i 33, LEX, 20.02.2017.

³⁶ Por. J. Raglewski, *Kilka uwag w kwestii ochrony własności intelektualnej z perspektywy prawnokarnej* [w:] D. Kasprzycki, J. Ożegalska-Trybalska, *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi*, WK 2015, LEX, 20.02.2017.

ze względu przede wszystkim na pewność prawa i przyznać w ten sposób ochronę również potencjalnym adresatom tychże norm. Należy przypomnieć, że skonstruowane przepisy karne w prawie autorskim są gwarancją ochrony praw autorskich już w wystarczającym lub nadmiernym stopniu, a odpowiedniejszymi środkami ochrony praw własności intelektualnej jest przede wszystkim mniej dolegliwa ochrona cywilna i administracyjna.

Niedefiniowalne i niemożliwe do jednolitej oceny pojęcia utworu, dzieła zależnego, inspiracji, indywidualności, problematyczne granice dozwolonego użytku, przyjmowanie absurdalnej ochrony wątpliwych „utworów” na gruncie przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, zgodnie z koncepcją „Kleine Münze” oraz pozostawienie odpowiedzialności karnej na gruncie art. 115 ust. 3 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jak już zostało wspomniane, prowadzi do blokady decyzyjnej o korzystaniu często nawet z niechronionych wytworów własności intelektualnej ze strachu przed poniesieniem konsekwencji ustawowych z tego tytułu.

Wątpliwym pocieszeniem dla potencjalnych nieświadomych sprawców jest fakt, iż ewentualna odpowiedzialność karna w większości przypadków skutecznie będzie mogła zostać wyłączona na gruncie art. 28 par. 1 k.k. (błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego), czy art. 29 k.k. (błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność) – ich zastosowanie ze względu na obecne brzmienie przepisu będzie zachodziło niezwykle często³⁷. Jak pisze Janusz Raglewski

W tzw. sytuacjach granicznych, aby nie doprowadzić do wręcz absurdalnych rozstrzygnięć, konieczne stanie się odwołanie się do wymogu, by popełniony czyn cechował się wyższym niż znikomym stopniem społecznej szkodliwości (art. 1 § 2 k.k.). Mając świadomość ułomności takiej propozycji, należy jednak wyraźnie zaznaczyć, że niestosowanie regulacji prawnokarnej z powołaniem się jedynie na argument, że idzie ona za daleko, stanowi bardzo groźną praktykę relatywizacji prawa. Mamy bowiem do czynienia wówczas z ograniczeniem zakresu stosowania obowiązującego prawa przez odwołanie się do argumentu pozanormatywnego³⁸.

Nieusprawiedliwionym jest więc pozostawianie w mocy przepisu, który wymaga ciągłego zastosowania instytucji szczególnych dla prawa karnego, tak aby nie prowadził do „absurdalnych rozstrzygnięć”.

5. Podsumowanie

Samo stwierdzenie w postaci „naruszenie cudzego prawa autorskiego” nie czyni zadość konstytucyjnym wymogom określoności przepisów karnych i z punktu widzenia odpowiedzialności karnej nie może stanowić podstawy do takiej odpowiedzialności ze względu na brak dostatecznego określenia czynności sprawczej. Z tego względu, wydany w tej sprawie wyrok Trybunału Konstytucyjnego nie może być uznać za prawidłowy. Wskazać również trzeba na subsydiarność prawa karnego,

³⁷ R. Markiewicz, S. Sołtysiński, *op.cit.*, s. 12.

³⁸ J. Raglewski, *Komentarz...*, akapit 38, LEX, 20.02.2017.

która zakłada, że prawo karne nie powinno wkraczać w obszar regulowany przez inne gałęzie prawa. Mając na względzie szczególne reguły wykładni prawa karnego, z powyższych względów uznać należy, że w obszarze prawa autorskiego karna ochrona dóbr prawnych posunięta jest zbyt daleko i nie odpowiada społecznemu poczuciu sprawiedliwości a także stanowi uciążliwe ograniczenie domeny publicznej. Z tego powodu w ramach postulatów *de lege ferenda* zaproponować należy wykreślenie przepisu art. 115 ust. 3 ustawy. W tym zakresie wystarczająca wydaje się być ochrona zapewniona na gruncie art. 115 ust. 1 i 2 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych z tego względu, że określone w nich czynności sprawcze stanowią główną i najważniejszą postać naruszeń praw twórców. W zakresie zaś w jakim przepis ten chroni prawa majątkowe twórców, wystarczające w zupełności są środki cywilne mające tożsamy cel. Zarówno racjonalny ustawodawca, jak i Trybunał Konstytucyjny, nie mogą wymagać przestrzegania niedających się do oczywistego zrekonstruowania czynności sprawczych przez wzorzec normatywny. Dodatkowo trzeba wskazać na szeroką ochronę praw autora zapewnionych na gruncie art. 79 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Trybunał Konstytucyjny wykazał się w tym miejscu pewną niekonsekwencją uznając za niekonstytucyjny przepis przewidujący możliwość alternatywnego dochodzenia przez twórcę odszkodowania w sztywnej wysokości trzykrotności stosownego wynagrodzenia w przypadku zawinionego naruszenia majątkowych praw twórcy. Z jednej bowiem strony Trybunał uznaje, że karna ochrona twórców powinna być należyta ze względu na ich słabą pozycję w stosunku do rozwoju nowych technologii, z drugiej strony na gruncie prawa cywilnego osłabia ich usytuowanie. Z zainteresowaniem będziemy śledzić losy ewentualnego wniosku o zbadanie konstytucyjności art. 303 p.w.p. Odpowiadając Antyfanesowi – nawet jeśli wciąż się mylimy, że w życiu jest jeszcze coś pewnego, to nadal chcemy wierzyć, że będzie tym prawo.

* * *

**Responsibility for “Other Infringement of Copyright or Related Rights”
as Unjustified Criminal Protection. Remarks on the Background
of the Judgment of the Constitutional Tribunal K 15/13**

The subject of this expose is „a violation of other persons’ copyright in a manner other than specified”. According to the authors such description does not satisfy the constitutional requirement of criminal provisions determinacy, therefore criminal liability may not be based on it. It leads to a situation in which even if provisions included in articles 115 (section 1-2)-119 of Act on Copyright and Related Rights cannot be applied, then accused person still may be brought to justice under „a violation of copyright in a manner other than specified”. It is necessary to indicate the ancillary character of criminal law which should not encroach on the field regulated by a different area of law. Having regard to the specific interpretation rules of criminal provisions it is required to state that criminal protection is has gone too far in copyright. Article 115 section 3 of Act on Copyright and Related Rights as a very controversial

provision was considered by the Constitutional Tribunal in the adjudication from March 17th, 2015, reference symbol: K 15/13. The authors focused on discussing the reasonability of criminal liability in intellectual property law and the problem of application the article 115 emphasising section 3 of this provision. Through the analysis of the above mentioned adjudication they proposed changes de lege ferenda.

Key words: criminal liability, copyright infringement, other violation of law, offense marks, copyright law

Lidia Sokołowska¹

Modern Arbitrability Models – Between Uniformity and Diversity of the Rule²

Abstract:

The article's main objectives include analysis of different arbitrability regulations in the chosen European countries (Poland, Belgium, France and Switzerland). The study might thereby contribute to comparative studies of significant European jurisdictions with Polish regulation of arbitrability. The idea is to combine both arbitrability standards (substantive and nonsubstantive rule) with arbitration system's criteria (monistic and dualistic system) in order to extract possible *favor arbitrandum* solutions from different legislative approaches being combinations of the above mentioned factors. By that means, the analysis dealing with a specific methodological approach, tends to provide a possible scheme of implementation of a uniform and transnational rule in favor of arbitrability.

Key words: arbitrability rule, legislative models, comparative perspective

Despite the fact that some authors claim the 'death' of inarbitrability in the light of expansion of legislative tendencies *in favorem arbitrandum*³, the institutional and legal climate of the commercial arbitration regime in Poland indicate the importance

¹ Absolwentka psychologii i prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim, doktorantka w Instytucie Europeistyki UJ oraz na Wydziale Prawa Uniwersytetu Paris II Panthéon – Assas, stypendystka Instytutu Maxa Plancka w Luksemburgu oraz Instytutu Prawa Porównawczego w Lozannie, zainteresowania naukowe – prawo prywatne porównawcze, prawo międzynarodowe, ADR, psychologia prawa.

² This article is based on the project Preludium n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the National Science Centre (Poland).

Artykuł powstał w ramach grantu Preludium nr 2014/13/N/HS5/01095, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

³ Among others K. Youssef, *The Death of Inarbitrability* [in:] L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis, *Arbitrability. International & Comparative Perspectives*, Austin–Boston–Chicago–New York 2009, p. 47–68.

of the adjustment of arbitration provisions to the already established legal standards, also in the context of arbitrability. The recent example proving the importance of arbitrability criteria regulation was provided by Portuguese and Belgian legislators in 2012⁴ and 2013⁵. The ‘free disposition of rights’ / ‘ability of settlement’, as the arbitrability rules, were replaced respectively in Portugal and in Belgium by the economic nature of the dispute, as well as they were clarified under Slovak⁶ and Russian⁷ law in 2015⁸.

The study’s main objectives include presentation of different visions of arbitrability regulations in the chosen European countries (Poland, Belgium, France and Switzerland). The article might thereby contribute to comparative studies of significant European jurisdictions with Polish regulation of arbitrability. By that means, the analysis dealing with and justifying in fact a specific methodological approach, tends also to provide answer to the question concerning probability of implementation of a uniform rule in favor of arbitrability.

In search of arbitrability uniform rule (s)

Despite the gradual disappearance of the concept of inarbitrability, the ‘*uniform arbitrability*’ formula is far from being defined. Even the presence of general and broad arbitrability criteria (e.g. the free disposition of rights) in numerous arbitration laws does not seem to help build a uniform standard, given that arbitrability in specific areas is subject to doctrinal and judicial analysis based on national (potentially restrictive) approaches⁹. Where to search then for homogeneous rules?

The international legal documents do not contain any unified notion of arbitrability. The New York Convention¹⁰ refers to arbitrability but without expanding on its general

⁴ The New Portuguese arbitration law entered into force on 14 March 2012, see e.g. M. Pinto Cardoso, *Portuguese Arbitration Law: A Gateway to Portuguese-Speaking Countries?*, Kluwer Arbitration Blog, March 7, 2012, <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/03/07/portuguese-arbitration-law-a-gateway-to-portuguese-speaking-countries/>, 20.08.2016.

⁵ See *infra*.

⁶ The New Slovak arbitration law clarifying arbitrability of disputes concerning validity of arbitration clauses entered into force on 1 January 2015; see P. Plachy, *The New Slovak Arbitration Act Applicable From January 2015: Has It Progressed Sufficiently?*, Kluwer Arbitration Blog, April 17, 2015, <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/17/the-new-slovak-arbitration-act-applicable-from-january-2015-has-it-progressed-sufficiently/>, 20.08.2016.

⁷ The New Russian arbitration law clarifying arbitrability of corporate disputes is entering into force on 1 September 2016; see e.g. A. Yadkin, M.C. Mekat, N. Rubins, *The Russian arbitration reform*, Arbitration International 2016, 0, 1 – 10, p. 1–10.

⁸ Arbitrability has also been currently discussed by the jurisprudence, e.g. LLC Nevskaya Concession Company v. the Government of St. Petersburg, no. A56-9227/2015, the St. Petersburg Commercial Court, 9 December 2015 – conditional arbitrability of disputes resulting from the concession contracts; Eros International Media Ltd v. Telemex Links India Pvt. Ltd, The Bombay High Court 12 April 2016 – arbitrability of IP disputes.

⁹ M.P. Perales Viscasillas, *Is a uniform arbitrability rule needed at an international level?*, Kluwer Arbitration Blog, January 5, 2016, <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/05/is-a-uniform-arbitrability-rule-needed-at-an-international-level/>, 20.08.2016.

¹⁰ Signed by all of the countries analyzed in the present study.

rule¹¹. The Model Law¹² is silent on the issue of the scope of arbitrable disputes. By implementing the Model Law, national lawmakers are free to determine which disputes may and may not be submitted to arbitration¹³. Despite the legislative history of the Model Law¹⁴, the UNCITRAL Working Group II “observed that uncertainties whether (...) disputes are capable of settlement by arbitration caused problems in international arbitration” however (...) “the purpose should not be to strive for uniformity, but to stipulate transparency of solutions (...)”¹⁵. This approach, being in line with the fear about legal uncertainty and giving priority to uniform provisions in the field of intra-corporate disputes, immovable property, insolvency and unfair competition, has been identified as a need for harmonization in the field of arbitrability standards but such an aim has not been achieved until now. The reason for this may be the nature of the Commission’s proposal that suggests a general formula combined with a negative definition of arbitrability, consisting mainly on listing of non-arbitrable issues (a consensus on the latter is still far from being reached).

The current tendencies to Europeanize private law¹⁶ accompanying the integration processes in the European Union led to the proposal by the European Commission¹⁷ for a reform of Regulation (EC) n. 44/2001 (Brussels I)¹⁸. It was supposed to lead to the potential incorporation of arbitration, as an alternative to the common courts’ jurisdiction, into the European ‘legal space’¹⁹. The position that prevailed however is that communitarization of international arbitration is ‘useless’ and may be ‘dangerous’²⁰. The minimalist approach of the EU Commission to the revision of Brussels I did not finally provide for common rules in the field of arbitration, the same for the subject-matter arbitrability, despite some attempts *in favorem arbitrandum* in the field of merger clearances as the instruments of ‘private enforcement’ of antitrust law²¹. Commentators

¹¹ The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards adopted by the United Nations in 1958, hereinafter: the New York Convention; http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html, see Articles II (1) and V (2) (a).

¹² Implemented by two of the countries analyzed in the present study – Poland and Belgium.

¹³ See Articles 1 (5), 34 (2) (b) (i), 36 (1) (b) (i) of the Model Law.

¹⁴ A/CN.9/216, 23 March 1982, n°30.

¹⁵ A/CN.9/610, 5 April 2006, n°8.

¹⁶ ‘Area of Justice’, see. H. Van Houtte, *Toward a European Arbitration Regime?* [in:] *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. J. Rajskiemu*, Warsaw 2007, p. 425–438.

¹⁷ The 2010 proposal, COM (2010) 748 final, December 14, 2010 (revised on 3 January 2011), following: the Commission Green Paper COM (2009) 179; Case C-185/07 Allianz v. West Tankers [2009] E.C.R. I-663; B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser, *The Brussels I Regulation – Application and Enforcement in the EU*, Munich 2008 (‘Heidelberg Report’).

¹⁸ Applicable to all the countries analyzed in the present study, except for Switzerland.

¹⁹ See H. Van Houtte, *op. cit.*, p. 425.

²⁰ M.V. Benedettelli, ‘Communitarization’ of International Arbitration: A new Spectre Haunting Europe?, *Arbitration International* 2012, 27 (4), p. 583.

²¹ *Ibidem*, p. 593. Following the case of Elf Aquitaine-Thyssen/Minol (decision September 4, 1992, IV/M.235, No 392M0235 in the CELEX database), the EU Commission has required the arbitral settlement of private disputes resulting from alleged breaches of structural measure imposed by the Commission while granting conditional merger clearances according to article 6 of Reg. (EC) 139/2004.

of the amendment²², willing to deal with some specific national issues (in arbitrability of exclusive sales contracts under Belgian law²³), have met with resistance from the doctrine²⁴.

Given that a number of legal systems have converged on the same solution to a problem of arbitrability, is it finally possible to look at the problem from the perspective of national laws despite divergent specificities²⁵?

The methodology of assessing probability of adopting a uniform arbitrability rule through analysis of national laws may rely in our opinion on the conceptualization of theoretical models. Such approach has been applied to detect the presumption of arbitrability^{26,27} or to conclude on national legislative policies towards arbitration²⁸. The first model classifies legislative approaches to substantive arbitrability regulation according to the existence and scope of its positive/negative definition²⁹. The method detects arbitrability presumption in a legislative approach if certain basic conditions are met but also raises questions about the limits of positive arbitrability definitions, restriction precision of inarbitrability concepts and competitiveness of equal notions of arbitrability and inarbitrability within the same regulation. The second model describes 'universalistic' ('stabilizing') and 'particularistic' ('aggressive') legislative approach toward arbitration – attention is drawn to legal orders willing to maintain

This practice has been confirmed by EU jurisprudence, see e.g.: Decision March 2, 2011 in *Ericson/Nortel Group* case, COMP/M.6095, EUR-Lex, n° 32011M6095; Commission's Notice n° 2008/C 26701, October 22, 2008, C 267, 1, § 66, 130.

²² B. Hess, *Improving the interfaces between arbitration and European procedural law – the Heidelberg Report and the EU Commission's Green Paper on the reform of the Regulation Brussels I*, Cahiers de l'arbitrage 2010, n°1, p. 17.

²³ Disputes resulting from the termination of an exclusive sales contract are theoretically considered inarbitrable in light of the mandatory provisions of the Belgian act of 27.07.1961 applicable to this issue, precluding such an option if the law specified by parties in the arbitration clause is Belgian law.

²⁴ Ph. Pinsolle, *Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001*, Cahiers de l'arbitrage 2010 n°1, p. 31.

²⁵ M. Lehmann, *Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice*, Columbia Journal of Transnational Law 2004, 42, p. 763.

²⁶ N. Bakic, *Substantive Arbitrability under Serbian and Croatian law – a Comparative Analysis* [in:] *Recht und Gesellschaft, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft*, ed. M. Maidana-Eletti, C. Toepke, vol. 85, p. 57; see also the first award that postulated a general arbitrability principle – *Framatore et al. v. Atomic Energy Organization of Iran*, Interim Award in ICC case n° 3896, 1982.

²⁷ *Ibidem*, p. 56 et seq. with the cited references, 'all matters are arbitrable, unless evidence to the contrary is provided'.

²⁸ C.A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, Bibliothèque de droit privé, vol. 531, Paris 2011; C.A. Arrue Montenegro, *Regards comparatifs sur le contrôle de l'arbitrage par les Etats*, presentation, Ateliers de droits comparés, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris 17 November 2014.

²⁹ The presumption of arbitrability may be deduced if: A – arbitrability is defined broadly, inarbitrability is not defined, e.g. Belgium, Switzerland; B – arbitrability is defined broadly, inarbitrability is defined narrowly, e.g.: Poland, Germany; C – neither arbitrability nor inarbitrability is defined, e.g.: Common Law countries, US, Canada; D – arbitrability is not defined, inarbitrability is defined narrowly, e.g. Croatia (international arbitration), Singapore; cf. N. Bakic, *op. cit.*, p. 58 et seq.

the ‘dominant position’ at the international arbitration market and those still trying to build their arbitration-friendly reputation³⁰. The legal orders are divided according to the level of control exercised by the state over arbitration. In the context of arbitrability, the model explains its limits through the prevalence of the instruments of state control over arbitration in a given legal order³¹.

The idea of the present study is to combine both arbitrability standards (substantive v. nonsubstantive rule) with arbitration system’s criteria (the same or different regulations in domestic and international arbitration; monistic v. dualistic system). The aim is to extract possible *favor arbitrandum*³² solutions from different legislative approaches being combinations of the above mentioned factors.

A. Monistic system based on nonsubstantive criterion – Polish law approach

Polish arbitration law, based on the monistic national/international regulation, applies the ability of settlement standard to determine arbitrability of disputes. As a result of the amendment of Polish Code of Civil Procedure in 2005, the article 1157 of this act has received a general and ambiguous formula³³.

Neither the doctrine nor jurisprudence in Poland has, until now, developed a coherent attitude to arbitrability of private-law disputes. Contrary to the liberal jurisdiction tendencies toward arbitrability of proprietary claims in the majority of current Western legislations in Europe (unlimited arbitrability of such disputes especially in Germany, Austria, more recently Belgium), Polish Supreme Court has astonishingly adopted the literal interpretation to the article 1157, deciding on applicability of the existing

³⁰ ‘Universalistic’ approach – the state participates in the arbitration market, the law recognizes the negative effect of the principle *competence-competence*, the law does not require an arbitral tribunal to apply the national choice of law rules (e.g. France); ‘particularistic’ approach – the legislator, tending to attract the parties to international arbitration, wants to create a neutral seat of arbitration and a ‘tailor-made’ system of judicial review of the arbitral award in its own country. That is why the law allows for the exclusion of an appeal to challenge an arbitration decision (e.g. Belgium, Switzerland, Sweden, Tunisia); cf. C.A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, p. 88–125 and 449–474. The revision of the model should be however taken into account, especially in light of the recent amendment of the French arbitration law that allows for waiving the right to challenge the award, see article 1522 of the French Civil Procedure Code, (*Décret* N° 2011–48 of 13 January 2011).

³¹ E.g. exequatur: under Swiss law (‘particularistic’ approach), when the enforcement of an award rendered in Switzerland is sought within Switzerland, on the basis of Art. 190 (1) of the Switzerland’s Federal Code on Private International Law of 1987, hereinafter referred to as PILA, such an award is immediately enforceable.

³² The notion has been introduced by M. Virgos, *El Convenio arbitral en el arbitraje internacional*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (14), 2006, p. 16.

³³ Art. 1157 of the Polish Code of Civil Procedure: “Unless a specific provision states to the contrary, parties may submit to arbitration disputes concerning proprietary rights or non-proprietary rights – that may be subject of court settlement, with the exception of maintenance disputes”. Because of the position of the dash, it is far from being clear whether arbitrability of disputes should be assessed in accordance with the ability of settlement not only in the case of non-proprietary claims, but also of proprietary claims.

criterion to both types of disputes³⁴. As a result settlement ability seems ambiguous *per se* and constitutes an *ignotum per ignotum* explanation of arbitrability. Determination of arbitrability disputes by reference to the procedural indicator of the already negotiated disputes seems incompatible with the necessity of arbitrability evaluation *in abstracto*³⁵.

The lack of effectiveness of Polish regulation of arbitrability can be furthermore observed in specific areas of law, best exemplified by corporate disputes. In the same way as in foreign literature, arbitrability of disputes concerning validity of companies' resolutions seems to be broadly discussed in legal doctrine and jurisprudence in Poland³⁶. According to widespread opinions, such disputes may not be submitted to arbitration, as they do not possess settlement ability. The complex *de lega lata* doctrinal solutions have been presented in the literature to establish the arbitrability of this type of corporate claims³⁷. However, it is still eliminated from arbitration proceedings. This situation seems controversial especially in the context of the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure, which admits of arbitration clause in the articles of association of a company. In this sense, it is probable that only *de lege ferenda* postulates would solve the problem of Polish regulation of arbitrability in the context of corporate claims^{38,39}. That is why the postulate to adopt a clear, substantive arbitrability rule, being efficiently applicable to both – national and international arbitration, seems justified under Polish law⁴⁰.

B. Monistic system based on substantive criterion – Belgian law approach

Belgian arbitration law, based on the monistic national/international regulation, used to apply the ability of settlement standard to determine arbitrability of disputes⁴¹, how-

³⁴ The decision of Polish Supreme Court SN II CSK 670/69, 21.05.2010.

³⁵ R. Kos, *Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych*, PPH 2014 (3), p. 31 *et seq.*

³⁶ R. Kos, *op. cit.*, p. 28–36; M.P. Perales Viscasillas, *Arbitrability of (Intra-) Corporate Dispute*, [in:] L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis, *op. cit.*, p. 272–292.

³⁷ R. Kos, *op. cit.*, p. 28–36.

³⁸ The Arbitration Court of the Polish Chamber of Commerce SA KIG in Warsaw examined 24 cases concerning corporate claims in 2012, whereas the total number of commercial disputes reached the number of approximately 100 proceedings in the same year, based on unpublished data collected by the author in SA KIG Warsaw Chamber of Commerce, Warsaw 2013.

³⁹ See materials from the seminar *Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in der Praxis des Schiedsgerichtsbarkeit. Polnische und deutsche Perspektiven* (SA KIG, DIS, UW), University of Warsaw, Warsaw, 21 May 2015, <http://sakig.pl/pl/aktualnosci/lista/spory-korporacyjne-w-praktyce-arbitrazowej-perspektywa-polska-i-niemiecka>, 20.08.2016.

⁴⁰ A substantive criterion (e.g. pecuniary nature of dispute) is also a mandatory and well-defined rule avoiding the difficulties of a conflict of law approach, whereas criteria, like free disposition of rights/ability of settlement led to applying the *lex causae* (i.e. the law governing the rights *in casu*), in this sense A. Kirry, *Arbitrability: Current Trends in Europe*, Arbitration International 1996, 12 (4), p. 379; K. Sajko, *On arbitrability in comparative arbitration – an outline*, Zbornik PFZ 2010, 60 (5), p. 963.

⁴¹ Until amended in 2013, Article 1676 § 1 of the *Code judiciaire* of October 10, 1967, hereinafter referred to as C.j., provided that any dispute which arose or might arise out of a specific legal relation and having capacity for settlement might be the subject of an arbitration agreement.

ever after the last amendment, every dispute of economic nature may be submitted to arbitration⁴².

The ability of settlement is based on the Belgian substantive law definition of settlement and made specific – as under Polish law – by the procedural rules⁴³. The criticism of the criterion of the ability of settlement refers mainly to the ambiguity of the notion⁴⁴. In addition, attention was drawn in the Belgian doctrine to the substantial overlap in meaning between the notions of arbitrability and *ordre public*⁴⁵, which was established, *inter alia*, in the decision of the Belgian *Cour de Cassation* in *Audi/NSU v. Adelin Petit SA*, dated June 28, 1979⁴⁶. Regardless of the inclination to expand the scope of public domain disputes submitted to arbitrators⁴⁷ (also by making a comprehensible distinction between mandatory provisions and *ordre public*⁴⁸), the issue of the meaning overlap referred to above as an argument in favor of a new arbitrability criterion in Belgian law was raised in the parliamentary committees' report previous to the reform of 2013, additionally to the ambiguity of the criterion in place at that time⁴⁹.

As a result, while maintaining a homogeneous regulation of domestic and international arbitration, the Belgian legislator amended the arbitration law, principally through clarification of the scope of arbitrable disputes, by abandoning the criterion of court settlement ability in the case of disputes concerning property rights (Article 1676 § 1 C.j.) In light of the several concerns referred to above, the Belgian law-maker abandoned then the ability criterion and determined that all 'disputes involving property rights' were arbitrable⁵⁰. In the case of disputes involving non-property rights, no concerns have been raised in the jurisprudence concerning the applicability of the ability of settlement criterion, this standard has been therefore retained. This

⁴² The problem has been analyzed as well in: L. Sokolowska, *Significance of arbitrability as the ground for annulment of arbitral awards – some comparative observations in light of recent amendments to Belgian arbitration law*, Arbitration e-review 5-6 (15-17)/2014.

⁴³ The usual list of rights which are not freely disposable by the parties is presented as the "*communiqués au ministère public*" in Article 764 of the *Code civil*. For a more detailed discussion, see J. De Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, t. I, Brussels 1967, p. 270.

⁴⁴ The relative and casuistic nature of the free disposition of rights standard as well as the lack of any explicit reference to the list of rights unable of settlement as contained in Article 764 of the *Code civil*, is stressed *inter alia*, by H. van Houtte, *op. cit.*, p. 142 *et seq.*

⁴⁵ See J Linsmeau, *Vo Arbitrage: RPDB, Supplément*, t. VII, No. 65.

⁴⁶ *Journal des Tribunaux*, 1979, 625 (Gaja, V, 76; YCA, 1980, 257) – in the support of the *Cour d'Appel* in Liège, May 12, 1977 (*Journal des Tribunaux*, 1977, 710).

⁴⁷ For a detailed analysis, see O. Caprasse, *Les sociétés et l'arbitrage*, Brussels, Paris 2002.

⁴⁸ See B. Hanotiau, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol. 296, La Haye 2002, p. 100.

⁴⁹ See the Bill and the justification for the amendment to Book Six of the *Code judiciaire*, DOC 53 2743/001 of April 11, 2013 and the Report of the parliamentary committee of the *Chambre des Représentants de Belgique* of May 8, 2013, DOC 53 2743/003 p. 10-11, <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/53/2743/53K2743003.pdf>, 20.08.2016.

⁵⁰ In 2013 the article 1676 § 1 C.j. was amended to read as follows: *Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage.*

double arbitrability criterion under Belgian law was inspired by the German⁵¹ and Austrian⁵² arbitration law solutions, as well as by the Swiss international arbitration law⁵³. In the above reports of Belgian parliamentary committees, the substantive law criterion applied to establish the property-related nature of a case (and no longer of a ‘dispute’) was analyzed in terms of the broad definition presented in Swiss jurisprudence, referring to the pecuniary nature of such claims⁵⁴. Similarly to the arbitrability standard under German law, the criterion under discussion also allows for an action for the establishment and constitution of a legal relation, and an action for permanent injunction to be considered by an arbitral tribunal⁵⁵.

Even though the Belgian law allowed an arbitral tribunal to rule on certain cases falling within the scope of *ordre public* before the reform of the arbitrability regime, e.g. disputes involving pecuniary claims in connection with damage resulting from a committed offence⁵⁶, the adoption by the Belgian legislator of a clear criterion referring to the property-related nature of a case has more convincingly made arbitrable the disputes involving pecuniary value, regardless of whether or not they fall into the *ordre public* sphere⁵⁷.

C. Dualistic ‘closed’ system based on various criteria – French law approach

French arbitration law, based on the dualistic national/international regulation, applies the free disposition of rights and *ordre public* standards to determine – respectively arbitrability and inarbitrability of disputes in national arbitration. The arbitrability standard in international arbitration depends more on the case law and is estimated to be liberal⁵⁸. Limits are set by the general notion of international public policy (*ordre public international*). In this sense the French model constitutes in fact a civil law equivalent of the tolerant approach towards arbitral adjudication currently being developed in the United States. This convergence of a common law and a civil law country justifies in our opinion the choice of France as one of the approaches analyzed in this study.⁵⁹

The criterion of the free disposition of rights⁶⁰ was, as in Belgium, for a long time not viewed in the French jurisprudence in isolation from the notion of *ordre public*

⁵¹ Article 1030 § 1 of the German Code of Civil procedure ZPO of 1996.

⁵² § 582 of the Austrian Code of Civil Procedure öZPO of 2006.

⁵³ Article 177 § 1 PILA of 1987.

⁵⁴ See *infra*.

⁵⁵ D. Philippe, *Modernisation of the Belgian law on arbitration*, http://www.martindale.com/members/Article_Atachment.aspx?od=10162236&id=2080250&filename=asr-2080104.pdf, p. 2.

⁵⁶ For an analysis of the Belgian case law since 1975 see J. Linsmeau, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁷ At the same time, exclusions are permitted under detailed regulations (Article 1676 § 4 C.j.).

⁵⁸ In practice, even if theoretically applicable, the arbitrability criteria defined for domestic arbitration are neglected at the international level, see Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris 2013, p. 548.

⁵⁹ M. Lehmann, *op. cit.*, p. 765 *et seq.*

⁶⁰ Article 2059 of the French *Code civil*.

due to the unclear normative definition of disposable rights⁶¹. Consequently, while referring to the French arbitrability criterion, the literature traditionally made reference to public policy and lists of rights which were not freely disposable. Such a tendency, presented in the literature, appears to itself stressing the non-autonomous nature of the arbitrability criterion in French arbitration law⁶². It was not until the early 1990s that the French jurisprudence adopted a different view⁶³. Despite the fact that the connection between the arbitrability criterion and *ordre public* was established mostly in the context of the specific nature of the structure of the French regulations (where this criterion is adjacent to the list of issues outside of the scope of *ordre public* contained in Article 2060 of the French *Code civil*⁶⁴) only the French case law regarding international arbitration managed to transform this rule so as to reach an almost opposite effect. As a result, international arbitrators may decide disputes involving crucial problems of public policy⁶⁵.

Taking into account the particular nature of the French arbitration law, exemplified specifically in the *Dalico* decision⁶⁶, which calls for abandoning the application of conflict of laws rules to arbitration agreements in international transactions in favor of the imperative norms of French law⁶⁷, doubts have been raised whether the French courts, referring to international public policy as the sole limit to arbitrability, argue exclusively from the perspective of French law or really tend to develop a transnational arbitrability standard⁶⁸. Regardless of the motives, if we search for an arbitrability principle in the French law approach, it may be easily deduced on the international level. In the domestic law however, the general arbitrability definition (the free disposition of rights) and the broad inarbitrability criterion (defined by the scope of *ordre public*) does not allow for drawing a similar conclusion. Consequently, the essence of the French flexibility of arbitrability regime seems to be located on the international arbitration level, its influence on the domestic vision of arbitrability is however less evident than in the Swiss law⁶⁹.

⁶¹ For a thorough study in the French jurisprudence see B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris 1996, p. 104 *et seq.*

⁶² *Ibidem*, p. 104 *et seq.*

⁶³ Judgments rendered by the *Cour d'appel de Paris inter alia* in *Ganz v. Tunisian Railways*, dated March 29, 1991; *Labinal SA v. Mors & Westland Aerospace Ltd.*, dated May 19, 1993; *Thalès Air Defence BV v. GIE Euromissile*, dated November 18, 2004.

⁶⁴ Among the non-arbitrable disputes, article 260 of the French *Code Civil* lists, as does the Polish jurisprudence, actions concerning rights derived from family relationships as well as divorce and separation.

⁶⁵ In this sense, the French jurisprudence listed *infra* show similarities to the U.S. case-law: *Sherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U. S. 506, 520 (1974); *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 624-28 (1985).

⁶⁶ *Cour de Cassation*, *Dalico*, 20 December 1993.

⁶⁷ See e.g. Ph. Fouchard P., E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris 1996, p. 245-254 and a critical analysis of the problem in the Polish literature: M. Tomaszewski, *Umowa o arbitraż* [in:] *Arbitraż handlowy*, System Prawa Handlowego, vol. 8, ed. A. Szumański, Warszawa 2015, p. 354-355.

⁶⁸ In the French literature, e.g. H. Gaudemet-Tallon, *Comment on Cour de cassation, Dalico*, *Revue de l'arbitrage* 1994, 118, 125. See also M. Lehmann, *op. cit.*, p. 766.

⁶⁹ See *infra*.

D. Dualistic ‘open’ system based on various criteria – Swiss law approach

Swiss arbitration law, based on the dualistic national/international regulation, applies the free disposition of rights criterion to determine arbitrability on the national level and the substantive standard of economic interest in the international arbitration⁷⁰.

As mentioned above, the Swiss legislator’s ‘particularistic’ and pragmatic policy, following strictly the tendencies *in favorem arbitrandum*, is to promote the attractiveness and utility of international arbitration in Switzerland by enabling the parties to limit state court control after the rendering of the award, but also by making the arbitrability standards more open, far-reaching, clarified and flexible. This objective is achieved both by the adjustment of arbitrability rule and by interdependence of the domestic and international arbitration regime.

Firstly, whereas the national arbitration standard follows the concept of conflict of laws approach, since arbitrability can be determined according to different laws and, in the absence of a choice of law, the objective criterion to determine the law applicable may be difficult to find (especially in the context of the full clarity of the award⁷¹), the Swiss arbitrability criterion for international disputes seems to overcome this obstacle (the rule is directly applicable). Additionally, the notion of disputes of financial interest, according to a ruling of the Federal Supreme Court of Switzerland, has a significantly broad scope of meaning and refers to the pecuniary nature of claims⁷². The predominance of the substantive criterion over the national standard results in this sense from the semantic scope of the first one. As a rule, disputes of financial interest are at the parties’ disposition⁷³. However, if a claim, according to Swiss law, has a financial nature, it is arbitrable under a self-sufficient and stand-alone international arbitrability regime, regardless of whether the claim is at the parties’ free disposition under the *lex causae*⁷⁴. Conversely, disputes being at the free disposition and not of financial nature may also be deemed arbitrable, not because of a hypothetical default rule promoting international nature of proceedings, but by way of a broad interpretation of the notion *financial interest*⁷⁵. The opposite solution, however argued by some authors, seems too far-reaching⁷⁶.

⁷⁰ Article 177 § 1 of PILA; article 354 of Swiss Code of Civil Procedure of 2008, hereinafter referred to as CCP; it should be noted, however, that Swiss law does not regulate at all the capacity of disputes involving non-property rights to be resolved through international arbitration.

⁷¹ B. Berger, F. Kellerhals, *International and domestic arbitration in Switzerland*, Berne 2015, p. 67.

⁷² Swiss Federal Tribunal, 118, II, 353, E.3b.

⁷³ B. Berger, F. Kellerhals, *op. cit.*, p. 70.

⁷⁴ Swiss Federal Tribunal 118, II, 353, E.3b.

⁷⁵ B. Berger, F. Kellerhals, *op. cit.*, p. 70. The exception under Swiss international arbitration law constitutes the sport-related matters, e.g. a challenge against the exclusion from an association with a purely idealistic purpose.

⁷⁶ See e.g. F. Vischer, L. Huber, D. Oser, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern 2000. Against a default rule, see B. Berger, F. Kellerhals, *op. cit.*, p. 70.

Instead of such a default rule, the Swiss legislator, in contrast to the French law-maker⁷⁷, allows (indirectly) the parties to choose the arbitrability standard by giving them right to exclude the provisions either of PILA or of CCP. This solution constitutes the second illustration of the possible impact of dualistic arbitration system on the flexibility of arbitration rule⁷⁸.

According to the opting-out regulation in article 176 (2) of PILA, parties are entitled to exclude the application of Chapter 12 of the above-mentioned legal act, which automatically leads to the application of Part 3 of CCP. As a result, parties domiciled in Switzerland are free to opt for the Part 3 of CCP, not considering whether a dispute in question is of international or national character. Similarly, in light of the opting-out regulation in article 353 of CCP, parties to a domestic arbitration can exclude the domestic provisions and opt into Chapter 12 of PILA, choosing the international arbitration standards. Opting out and opting in options, pertaining to entire parts of domestic/international arbitration regulations, were considered under the former Swiss regulations as not affecting the concept of arbitrability, especially, under the former Swiss Concordat applicable to domestic proceedings. Nowadays, the position of doctrine has significantly changed, both for opting into and out of PILA⁷⁹. The 'open' dualism⁸⁰ of the Swiss solution enables thereafter to change the (potentially) rigid provisions and contributes to the flexible arbitrability regime that, in combination with a broad and substantive standard of arbitrable rights, seems appealing to the pro-arbitration model's proponents.

Conclusions

In light of the above-presented discussion on arbitrability models, several conclusions can be drawn. First of all, there seem to exist (at least) two possible analysis tracks of the normative sphere between 'uniformity and diversity' of the arbitrability rule – the uniformization and the transnational approach. Whereas the first notion refers to a unified legal standard that might be adopted by different national laws, the latter is understood as a general principle, underlying national laws but being not necessarily identical with such laws⁸¹. Consequently, the transnational approach to arbitrability can be found in arbitrability presumption research or scholars' postulates treating arbitrability as a principle *per se*, one directly applicable without reference to any national

⁷⁷ *Cour de Cassation*, Cass. 1re civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.266. The position of the French jurisprudence has not changed since 1927, see the decision 'Matter', Cass. 1re civ. 17 mai 1927 and B. Le Bars, *De l'impossibilité pour les parties d'opter pour le régime interne de l'arbitrage en cas d'arbitrage international*, *La Semaine Juridique Edition Générale* n°3, 20 January 2014, p. 57 *et seq.*

⁷⁸ Similar solution is provided by the Singapore Arbitration law (opting in and opting out of the arbitration regime of the International Arbitration Act and the domestic Arbitration Act).

⁷⁹ D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, Zurich 2016, p. 35 *et seq.*

⁸⁰ For the analysis of the notion of 'open' dualism, see I. Ambauen, 3. *Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG*, Zurich 2016, p. 12 *et seq.*

⁸¹ In this sense, M. Lehmann, *op. cit.*, p. 753 *et seq.*

laws⁸². Because of the fact that this approach is more linked to the conceptualization of the 'arbitral legal order' through interpretation in terms of 'transnational rule method'⁸³, it seems more suitable to determine arbitrability in international arbitration. Therefore, from the legislative point of view, the transnational arbitrability rule is, in our opinion, more readily conceivable in the dualistic arbitration systems with the significant role of the jurisprudence. The above conclusion leads directly to the question about advantages and possible consequences of the application of dualistic systems to arbitration regimes in civil laws countries. Even if such a system acts in favor of liberal arbitrability regulation, e.g., through drawing from transnational concepts, it should be open for mutual inspiration between domestic and international regulations without resulting in a creation of two separate and mutually competing regimes⁸⁴. A further question arises then regarding the efficiency of such a complex normative construction.

Secondly, in light of call for legal certainty and precision of arbitrability standards, a uniform arbitrability solution, tailored to national laws, seems more or less conceivable, especially in monistic arbitration systems, as proposed by the Model Law commentators (general arbitrability formula and a uniform list of exception). Such a solution, as rightly pointed out by some authors is however not sufficient. As far as a general arbitrability rule is commonly accepted in many legislations and defines the discussed concept broadly (its substantive character should be, though, postulated in order to comply better at least with plurality of laws in international arbitration), the list of exceptions does not provide for concrete and sufficient solutions⁸⁵. Firstly, it is questionable whether a catalogue constitutes a narrow definition of arbitrability. Even if different legislators could compromise on a common list of exceptions, which length and precision of the catalogue would be considered narrow enough⁸⁶? Furthermore, do the law-makers really need to create double arbitrability standards, including a positive and a negative one, and therefore possibly competing concepts of what is arbitrable? Why obfuscate the normative vision of arbitrability when it may be ambiguous enough due to the existence of dualistic arbitration systems? A possible alternative could be that of a purely positive arbitrability rule, combining a general substantive formula and model arbitration clauses applicable to (at least some of) the 'sensitive' fields of law⁸⁷. All these questions should contribute to a further doctrinal discussion on *favor arbitrandum*.

⁸² B. Hanotiau, *What law governs the issue of arbitrability?*, *Arbitration international*, 12 (4), p. 403. The author is referring to the conclusion reached by B. Goldmann.

⁸³ As presented in E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden/Boston 2010, p. 48–50. In this sense, see also M. Lehmann, *op. cit.*, p. 770 *et seq.*

⁸⁴ See the critical position on the dualistic Swiss regulation in I. Ambauen, *op. cit.*, p. 23–25. The author refers to different 'sets' of public policy norms.

⁸⁵ See M.P. Perales Viscasillas, *Is a uniform arbitrability...*

⁸⁶ A reference to specific provisions seems unavoidable as well as clarifying of the scope of exclusion of a subject-matter from arbitration.

⁸⁷ As recently increasingly proposed for intracorporate disputes, see M.P. Perales Viscasillas, *Is a uniform arbitrability...*

Współczesne modele zdatności arbitrażowej – między jednością a różnorodnością

Celem artykułu jest prawnoporównawcze spojrzenie na regulacje zdatności arbitrażowej w wybranych, istotnych z punktu widzenia analizy problemu, europejskich porządkach prawnych (Polska, Belgia, Francja i Szwajcaria). Użyta metoda zakłada zestawienie kryteriów zdatności arbitrażowej (kryterium materialne i niematerialne) z modelem krajowej regulacji arbitrażu (szczególna regulacja arbitrażu międzynarodowego oraz model regulacji zintegrowanej) w celu wyodrębnienia potencjalnie proarbitrażowych rozwiązań legislacyjnych, będących kombinacją wspomnianych czynników. Zaproponowane podejście metodologiczne ułatwia przedstawienie schematu implementacji ujednoliconych i transnarodowych kryteriów zdatności arbitrażowej w danym kraju.

Słowa kluczowe: kryteria zdatności arbitrażowej, modele legislacyjne, perspektywa prawnoporównawcza

Weronika A. Stefaniuk¹

Możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej – analiza orzecznictwa Sądu Najwyższego

Streszczenie:

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problematyki związanej z udzieleniem pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego członkowi zarządu spółki kapitałowej, który jest uprawniony do jej reprezentowania łącznie. Zagadnienie to budziło od wielu lat kontrowersje wśród przedstawicieli doktryny. Stały się one przedmiotem różnych publikacji, dzieląc teoretyków i praktyków prawa, docierając wreszcie do Sądu Najwyższego, który mimo różnych zastrzeżeń, zarówno w 2006 r., jak i w 2014 r., podjął uchwały dopuszczające możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki kapitałowej. Autorzy omawiają czym jest instytucja pełnomocnictwa, ogólnie ją charakteryzując, wyróżniają wszystkie typy pełnomocnictwa, zarysowują główny problem wywodów. Następnie omówione zostały wspomniane już uchwały Sądu Najwyższego oraz glosy aprobujące, jak i krytyczne do zajętego stanowiska. Warto podkreślić, iż pomimo dwóch judykatów Sądu Najwyższego, problem wciąż jest szeroko dyskutowany.

Słowa kluczowe: reprezentacja spółki kapitałowej, członek zarządu, pełnomocnictwo

1. Czym jest pełnomocnictwo

W polskim prawie możemy dokonać czynności prawnej z osobą, która jest reprezentowana przez jej przedstawiciela ustawowego lub ustanowionego zgodnie z jej wolą pełnomocnika. Jest to istotne zwłaszcza z punktu widzenia uczestników obrotu, dla których najważniejsza jest łatwość w dostępie do dokonywania poszczególnych transakcji

¹ Autorka jest studentką prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim w Krakowie.

rynkowych. Pełnomocnictwo zostało uregulowane w art. od 98 do 108 k.c. Analogiczne regulacje, co do przedstawicielstwa ustawowego, nie znalazły miejsca w tej ustawie.

Ustanowienie pełnomocnictwa jest jednostronną czynnością prawną, która nie wymaga do swej skuteczności zaakceptowania tego umocowania przez pełnomocnika. Sporne jest, czy oświadczenie mocodawcy o umocowaniu pełnomocnika powinno być tylko jemu zakomunikowane. Zdaniem tej części doktryny, która popiera możliwość złożenia takiego oświadczenia osobie trzeciej z wyłączeniem pełnomocnika – przyzwolenie te znajduje się w ustawie, która nie nakłada obowiązkowego sposobu ustalenia, ani też chwili złożenia oświadczenia woli mocodawcy. Ponadto brak uzależnienia skuteczności umocowania od złożenia go oznaczonej osobie. Warto również podkreślić, że ustanowienie pełnomocnictwa jedynie rodzi upoważnienie do dokonywania czynności prawnych w cudzym imieniu, nie zaś zobowiązanie. Brak tutaj jakiegokolwiek ingerencji w interesy tak umocowanej osoby².

Podobny pogląd reprezentuje M. Pazdan, który zdecydowanie podkreśla:

Prawdą jest, że najczęściej mocodawca kieruje oświadczenie woli o udzieleniu pełnomocnictwa do pełnomocnika. Tak racjonalny mocodawca powinien postępować. Trafne jest też spostrzeżenie, że pełnomocnik ma działać w imieniu mocodawcy, powzięcie więc przez niego wiadomości o istnieniu umocowania odgrywa dość istotną praktyczną rolę. Czym innym jest jednak powzięcie przez pełnomocnika wiadomości o udzieleniu mu pełnomocnictwa, a czym innym złożenie oświadczenia woli przez mocodawcę pełnomocnikowi. To ostatnie nie jest konieczną przesłanką pierwszego³.

Ustanowiony pełnomocnik musi mieć zdolność do czynności prawnych, jednak zgodnie z brzmieniem art. 100 k.c. nie jest wymagane by była ona nieograniczona, tj. pełna, ze względu bowiem na fakt, iż to właśnie sam mocodawca wybiera swojego pełnomocnika i relacja taka w dużym stopniu opiera się na zaufaniu⁴.

Jeśli zaś chodzi o formę, w której skuteczne jest udzielenie pełnomocnictwa, to ustawa tutaj przewiduje tylko następujące ograniczenia: w pierwszej kolejności, gdy pełnomocnik uzyskuje umocowanie do dokonania czynności do której ważności wymagana jest szczególna forma pod rygorem *ad solemnitatem*. Wtedy w tej samej formie, co dana czynność, musi być ustanowione pełnomocnictwo. Druga sytuacja ma miejsce, gdy mamy do czynienia ze szczególnymi rodzajami pełnomocnictwa i konkretny przepis wymaga takiej formy⁵.

W art. 101 k.c. znajdujemy trzy typy zdarzeń prawnych, które powodują wygaśnięcie pełnomocnictwa i są to: odwołanie pełnomocnictwa przez mocodawcę, które co do zasady może być dokonane w każdej chwili. Drugie zdarzenie prawne, które

² B. Gawlik [w:] *System Prawa Cywilnego – część ogólna, Tom I*, red. S. Grzybowski, Polska Akademia Nauk, Instytut nauk Prawnych, OSSOLINEUM, 1985, s. 784-786.

³ M. Pazdan [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna*, red. Z. Radwański, Warszawa 2008, s. 514.

⁴ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 332.

⁵ *Ibidem*.

powoduje wygaśnięcie pełnomocnictwa, to śmierć mocodawcy lub – co jest już trzecim zdarzeniem – śmierć pełnomocnika. Nie bez znaczenia pozostaje ewentualne zrzeczenie się pełnomocnictwa przez umocowanego lub też upływ terminu, na który zostało ono udzielone. Jeśli mamy tylko umocowanie do dokonania konkretnej czynności, pełnomocnictwo takie wygasa wraz jej dokonaniem. Dodatkowo należy podnieść, iż pełnomocnictwo wygasa wraz z ustaniem stosunku prawnego, z którego ono wynika⁶.

Fundamentalne dla zakończenia wywodów ogólnych o pełnomocnictwie jest podkreślenie istotności zasady wyrażonej w art. 103 k.c. Stanowi ona, iż jeśli pełnomocnik nie ma umocowania lub przekroczy jego zakres i pomimo braku umocowania do dokonania tej czynności dokona jej, to ważność umowy zależy od potwierdzenia przez osobę, w której imieniu została ona zawarta. Takie działanie jest obarczone sankcją bezskuteczności zawieszanej, natomiast potwierdzenie umowy powoduje skutek *ex tunc*. Jeśli czynność mieszcząca się w pierwotnym umocowaniu zostanie dokonana już po wygaśnięciu pełnomocnictwa, to ustawodawca zdecydował, że takie czynności będą ważne, chyba że druga strona o wygaśnięciu wiedziała lub z łatwością mogła się dowiedzieć⁷.

2. Rodzaje pełnomocnictwa

W zależności od wybranego kryterium można przyjąć podział na wiele typów pełnomocnictwa. Pierwszy z podziałów opiera się na kryterium zakresu umocowania pełnomocnika. Granicę umocowania wyznacza treść pełnomocnictwa, o której też decyduje sam mocodawca. Na gruncie art. 98 k.c. ustawodawca jednak narzuca pewne ramy działania mocodawcom, określając rodzaje pełnomocnictw, których mogą udzielić. Na tej podstawie możemy więc wyróżnić trzy rodzaje pełnomocnictwa. Pierwszy rodzaj to pełnomocnictwo ogólne, dalej: rodzajowe – czyli inaczej gatunkowe i szczególne⁸.

Charakteryzując pokrótce każdy z powyżej wymienionych rodzajów, w kolejności, należy zaznaczyć, iż najszerszym i najmniej sprecyzowanym rodzajem pełnomocnictwa jest pełnomocnictwo ogólne, które obejmuje umocowanie do dokonywania czynności zwykłego zarządu. Co ważne, nie jest to bynajmniej umocowanie pełnomocnika do reprezentowania mocodawcy we wszystkich czynnościach. Zgodnie z paragrafem drugim art. 98 k.c., dla czynności przekraczających ramy zwykłego zarządu musi być ustanowione specjalne pełnomocnictwo rodzajowe⁹.

Dla zdefiniowania, które pojęcia pozostają poza kategorią czynności zwykłego zarządu, niezbędne jest precyzyjne określenie, czym dokładnie są owe czynności. Poza ową definicję pozostają czynności, do których ustawodawca obliguje mocodawcę do ustanowienia pełnomocnictwa rodzajowego lub szczególnego, tak by dokonana czynność przez pełnomocnika była skuteczna i ważna. Pełnomocnictwo rodzajowe

⁶ *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Warszawa 2016, s. 253.

⁷ *Ibidem*, s. 254.

⁸ A. Brzozowski, W.J. Kocot, E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 300–301.

⁹ J. Strzebinczyk [w:] *Kodeks Cywilny. Komentarz...*, s. 250.

służy do określenia pewnego typu powtarzalnych czynności. Musi być sprecyzowany przedmiot ich zakresu. Natomiast pełnomocnictwo szczególne jest wymagane do dokonania konkretnej czynności¹⁰.

Kolejnym, drugim typem podziału jest to, gdzie kryterium rozróżnienia opiera się na osobie, która udziela pełnomocnictwa. Może to być pełnomocnik lub mocodawca. Podział ten wyróżnia pełnomocnictwo substytucyjne i główne. Zgodnie z brzmieniem art. 106 k.c. pełnomocnik może ustanowić innych pełnomocników dla mocodawcy, tylko gdy jest do tego umocowany. Przy pełnomocnictwie substytucyjnym spotkany jest relewantny problem przy działaniu *falsus procurator*. Działania takiego rzekomego substytutu należy także ocenić przez pryzmat art. 103 i 104 k.c.¹¹

Trzecim podziałem, ze względu na liczbę osób umocowanych do działania wspólnie lub samodzielnie, jest podział na pełnomocnictwo samodzielne oraz łączne. Zgodnie z treścią art. 107 k.c., jeżeli mocodawca ustanowił kilku pełnomocników, każdy z nich może działać samodzielnie, chyba, że jest ograniczenie wynikające z treści pełnomocnictwa. Gdy mają oni inny zakres umocowania, zasadniczo nie ma problemu, jeśli zaś chodzi o sytuacje, gdy mają oni ten sam zakres umocowania, to mocodawca może zażądać od nich łącznego działania, co będzie wiązało się z tym, iż do skutecznego dokonania czynności prawnej potrzebne jest złożenie oświadczenia woli przez wszystkich pełnomocników. Będzie to zatem pełnomocnictwo łączne. Czynność jest zawieszona do momentu potwierdzenia przez ostatniego umocowanego¹².

Kolejnym, już czwartym typem pełnomocnictwa, jest pełnomocnictwo wspólne. Powstaje ono na płaszczyźnie takiej sytuacji, gdy jedna osoba jest umocowana przez kilka innych osób. Problem pojawia się, gdy okaże się, że podmioty stosunków cywilnoprawnych, które udzieliły pełnomocnictwa tej samej osobie, są powiązane w jakiś sposób np. ekonomiczny¹³.

3. Sposoby reprezentacji spółek kapitałowych i problem udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu

Kiedy zarząd spółki z.o.o. jest wieloosobowy, powstaje problem sposobu jej reprezentowania. Taki sposób może zostać określony w umowie, statusie spółki lub w przypadku pominięcia takiego zapisu działa art. 205 § 1 k.s.h., który wprowadza zasadę reprezentacji łącznej. Na gruncie tego przepisu istnieją wtedy dwie opcje – spółkę może reprezentować członek zarządu wraz z prokurentem lub dwóch członków zarządu. W praktyce najwięcej wątpliwości wywołuje sytuacja, gdy jeden z członków zarządu, działający w ramach reprezentacji łącznej spółki, nie może uczestniczyć w dokonywaniu czynności prawnej¹⁴. Członek zarządu, będący *ex lege* na gruncie

¹⁰ *Ibidem*, s. 251.

¹¹ M. Pazdan, *op.cit.*, s. 509–510.

¹² *Ibidem*, s. 511.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ A. Szumański [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 17a, Prawo Spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2015, Legalis.

art. 201 § 1 k.s.h., ustawowym przedstawicielem spółki z.o.o., nie może być w tym samym czasie *ex contractu* jej pełnomocnikiem, gdyż systemowo instytucje te się wykluczają. Według części doktryny rozwiązanie dopuszczające taką możliwość to ogromne ułatwienie dla praktyki obrotu. Z drugiej strony, zarzucane jest obchodzenie przepisów prawa o reprezentacji łącznej spółek¹⁵.

4. Uchwała Sądu Najwyższego z 23.08.2006 r. (III CZP 68/06)

Dnia 23 sierpnia 2008 r., Sąd Najwyższy podjął uchwałę o następującej treści: „**Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności**” (podkr – W.A.S.).

Argumenty, które podniósł Sąd Najwyższy, rozpoczynało spostrzeżenie, że kluczowa dla rozstrzygnięcia przedstawionego zagadnienia jest zasada, że przepisy kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie także w odniesieniu do czynności prawnych z zakresu prawa handlowego, jeżeli nic innego nie wynika z przepisów ustawy. Ważna jest treść art. 2 k.s.h., który ustanawia, że w razie braku uregulowań zawartych w kodeksie, zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego. Jeśli zaś chodzi o możliwość ustanowienia członka zarządu pełnomocnikiem, to takiego ustawowego wyłączenia nie znajdujemy. Ponadto Sąd Najwyższy podał przykłady, gdzie można znaleźć uregulowania pozwalające na udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu osoby prawnej, stąd wniosek, iż jest to dopuszczalne w spółce kapitałowej.

W powyższym orzeczeniu podkreślone zostało, że ważne są przepisy kodeksu spółek handlowych: art. 205 § 3, z którego wynika możliwość udzielenia prokury także członkowi zarządu oraz do art. 214 i art. 243 § 3, wskazujących, że zakazy pełnienia przez członków zarządu spółki określonych funkcji, czy podejmowania określonych działań zostały w ustawie wyraźnie przewidziane.

Po drugie, Sąd Najwyższy podkreślił, iż dopuszczenie możliwości udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu nie stanowi obejścia przepisów prawa. Organ osoby prawnej oraz jej pełnomocnik to odrębne instytucje i nie można ich ze sobą utożsamiać. Na podstawie art. 38 k.c. działania członka zarządu są działaniami samej osoby prawnej. Członek zarządu na podstawie ustawy i umowy spółki ma kompetencje do działania samodzielnie lub z innym członkiem zarządu. Na gruncie art. 39 k.c. oceniane są jakiegokolwiek braki w zakresie reprezentacji spółki. Pełnomocnik z drugiej strony działa w imieniu i na rzecz mocodawcy. Jeśli działa on jako *falsus procurator* – brak umocowania lub przekroczenie jego zakresu to zastosowanie znajdują art. 103–105 k.c.

Ponadto zostało ustanowione, iż udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki nie zagraża bezpieczeństwu i pewności obrotu. To na osobie dokonującej czynności prawnej leży obowiązek określenia, w jakim charakterze i na kogo rzecz działa druga strona. Dodatkowo obrót, w którym uczestniczą spółki, ma charakter profesjonalny, więc tym bardziej zmniejsza się ryzyko pokrzywdzenia którejś strony stosunku prawnego.

¹⁵ W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss, *Prawo spółek*, Warszawa 2014, s. 49.

Krytycznie odniósł się on także do podnoszenia argumentu wynikającego z zakazu dokonywania czynności prawnych „z samym sobą”. W tej sytuacji dyskusyjne jest analogiczne użycie art. 108 k.c., który znajduje zastosowanie, gdy pełnomocnik ma być drugą stroną czynności dokonywanej w imieniu mocodawcy. Z treści tego przepisu wynika zakaz dokonywania czynności prawnych, gdy członek zarządu występuje jako kontrahent spółki. Nie jest to jednak tożsama sytuacja z tą, w której członek zarządu zostaje umocowany do działania w imieniu i na rzecz osoby prawnej. Pełnomocnictwa udziela spółka, która zgodnie z art. 38 k.c. działa przez swoje organy.

Na sam koniec rozważań Sąd Najwyższy przypomniał, iż za możliwością udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, umocowanemu do reprezentowania tej spółki, przemawiają względy praktyczne. Ważne jest elastyczne podejście, umożliwiające realizację interesów ekonomicznych przedsiębiorców. Łatwo można wyobrazić sobie sytuację, gdy zachodzi nagle potrzeba dokonania konkretnej czynności prawnej, a w jakiś sposób utrudniona jest reprezentacja spółki przez członków jej zarządu. Członek zarządu dokładnie znający położenie i potrzeby gospodarcze spółki jest właściwszą osobą, by udzielić jej pełnomocnictwa do dokonania konkretnej czynności prawnej, niż ktoś „z zewnątrz”. Toteż zakaz udzielania pełnomocnictwa członkowi zarządu mógłby prowadzić do utrudnień w funkcjonowaniu spółki kapitałowej¹⁶.

5. Uchwała Sądu Najwyższego z 24.04.2014 r. III CZP 17/14

Dnia 24 kwietnia 2014 r. Sąd Najwyższy podjął uchwałę o następującej treści: **„Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony według umowy spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do czynności określonego rodzaju”** (podkr – W.A.S.).

Już na samym początku uzasadnienia podkreślone zostało, iż kluczowe znaczenie dla analizowanego zagadnienia ma uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r. II CZP 68/06., według której członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony umową spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do poszczególnych czynności. Powtórzony został pierwszy argument uchwały z 2006 r., iż punktem wyjścia dla rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego jest założenie, że przepisy kodeksu cywilnego znajdują zastosowanie w odniesieniu do czynności prawnych z zakresu prawa handlowego, jeżeli nic innego nie wynika z przepisów ustawy.

Następnie, podobnie jak w uchwale z 2006 r., wskazany został art. 205 § 3 oraz na art. 214 i art. 243 § 3. Ponadto stwierdzone zostało, że podmiot dokonujący czynności prawnych jest zobowiązany dowiedzieć się, w jakim charakterze i na czyją rzecz działa druga strona. Udzielenie pełnomocnictwa pozostaje bez wpływu na zasady reprezentacji spółki przez jej zarząd. Podobnie ustanowienie członka zarządu spółki jej

¹⁶ Warto wspomnieć przed omówieniem w następnym punkcie kolejnej uchwały Sądu Najwyższego, iż poprzedniej uchwale został omówiony problem możliwości udzielenia pełnomocnictwa szczególnego.

pełnomocnikiem nie powoduje ustania lub ograniczenia jego funkcji jako piastuna organu osoby prawnej.

Sąd Najwyższy odniósł się również, jak poprzednio, do ważnych względów praktycznych. Na sam koniec uzasadnienia wymienione zostały inne uchwały, w których dopuścił on możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu. Wskazane wyroki pokazują, że w orzecznictwie istnieje pewna linia orzecznicza, która wcale nie przekreśla możliwości udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu.

W tym orzeczeniu podkreślona została pełna aprobata stanowiska zajętego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 23 sierpnia 2006 r., III CZP 68/06. Różnica, jaka występowała w omawianej uchwale, odnosi się do zagadnienia prawnego, które dotyczyło możliwości udzielenia pełnomocnictwa rodzajowego członkowi zarządu spółki kapitałowej, a nie szczególnego, jak w uchwale z 2006 r. Sąd Najwyższy także i w tym przypadku dopuścił taką możliwość.

Odnosił się on także do istniejącego w polskim prawie trójpodziału typów pełnomocnictwa, wyróżniając pełnomocnictwo ogólne, pełnomocnictwo określające rodzaj czynności (pełnomocnictwo rodzajowe lub gatunkowe) oraz pełnomocnictwo do poszczególnych czynności (pełnomocnictwo szczególne). W tej uchwale stwierdził on, iż pełnomocnictwo rodzajowe jest zdecydowanie bliższe pełnomocnictwu szczególnemu niż ogólnemu. Wynika to z faktu, że pełnomocnictwo szczególne i rodzajowe – dotyczy czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu, a pełnomocnictwo ogólne obejmuje umocowanie do czynności zwykłego zarządu.

Sąd Najwyższy, na podstawie dwóch uchwał, pierwszej z 2006 r., dopuścił możliwość udzielenia pełnomocnictwa szczególnego członkowi zarządu i drugiej z 2014 r. – możliwość udzielenia pełnomocnictwa rodzajowego członkowi zarządu uprawnionego do reprezentowania łącznie spółki kapitałowej.

6. Głosy krytyczne w stosunku do stanowisk Sądu Najwyższego wyrażonych w obu uchwałach

Omówione powyżej uchwały wywołały szeroką dyskusję. Część doktryny krytycznie odniosła się do ich treści. Jak zauważył A. Kidyba w glosie do uchwały z 2006 r., kwestia będąca tematem rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego jest kluczowa dla uznania, czy dokonana czynność prawna jest ważna, czy nie. W jego opinii zaprezentowane przez Sąd Najwyższy stanowisko jest błędne, gdyż z punktu widzenia przepisów kodeksu spółek handlowych, ważniejsze jest poruszanie się na ich podstawie i w ich granicach. Pytanie, jakie należy sobie zadać, to czy ułatwienia w stosunkach gospodarczych mogą się odbywać kosztem niestosowania prawa¹⁷.

Ustawodawca, wprowadzając szczególne zasady reprezentacji łącznej spółki, chciał stworzyć konkretny system wzajemnej kontroli¹⁸. Zasada dwóch par oczu, która redukuje ryzyko dokonania niekorzystnej dla spółki czynności prawnej, jest

¹⁷ A. Kidyba, *Członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako pełnomocnik*, Glosa 2007, nr 2, s. 19-n.

¹⁸ *Ibidem*.

wyłączona, gdy działania jeden członek zarządu, który jest umocowany jako pełnomocnik przez drugiego członka zarządu. Zdaniem A. Kidyby uchwała Sądu Najwyższego z 2006 r. za bardzo liberalizuje podejście do sposobu reprezentacji spółek. Autor ten krytykuje poszczególne argumenty wymienione w uzasadnieniu uchwały. Odwołanie Sądu Najwyższego do przepisów ustaw szczególnych m.in. art. 55 § 1 prawa spółdzielczego, art. 50 ustawy o przedsiębiorstwach państwowych. Autor ten komentuje, że nie mogą one mieć zastosowania analogicznego, właśnie dlatego, że są one przepisami szczególnymi.

Gdy w umowie spółki jest wprowadzona zasada jej łącznego reprezentowania przez członków zarządu lub jej stosowanie jest wynikiem bezpośredniego stosowania przepisów kodeksu spółek handlowych, wolą wspólników jest łączne działanie dwóch osób. Wtedy do skutecznego złożenia oświadczenia woli są potrzebne oba oświadczenia. Niedopuszczalne jest więc udzielenie pełnomocnictwa jednej z tych dwóch osób, gdyż wtedy nie mielibyśmy do czynienia z reprezentacją łączną. Według A. Kidyby treść art. 205 § 1 k.s.h. ma pomagać w dokonywaniu korzystnych dla spółki transakcji, a nie być dla nich przeszkodą.

Kolejny istotny problem to kwestia zmiany systemu reprezentacji spółki. Warto zaznaczyć, że wspólnicy decydują o sposobie reprezentacji spółki – albo przez wprowadzenie wyraźnych zapisów w umowie spółki albo przez milczenie i wtedy zastosowanie ma sama ustawa, czyli art 205 § 1 k.s.h. Według tegoż autora nie można więc zmieniać woli wspólników wolą zarządu¹⁹.

Według autora podjęta uchwała jest błędna i choć może stanowić ułatwienie do dokonywania czynności prawnych, to jednak do tych czynności prawnych powinien mieć zastosowanie art. 58 k.c. Podobnie ten sam autor: „Praktyka udzielania pełnomocnictw jednemu członkowi zarządu przez pozostałych (lub z jego udziałem), gdy wymagana jest reprezentacja łączna, jest czynnością w celu obejścia zasad reprezentacji łącznej i jest bezskuteczna”²⁰.

Według zaś A.J. Strzępki i P. Pinior podstawowym problemem, który przesądza kwestie niedopuszczalności udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu, jest teoria organów osoby prawnej, która rozróżnia działanie osoby prawnej od pełnomocnika. Działanie organu jest utożsamiane z działaniem samej osoby prawnej, zaś skutki działania pełnomocnika dotyczą sfery prawnej mocodawcy. Zakres działania członka zarządu określa status spółki lub ustawa, a zakres umocowania pełnomocnika – zakres pełnomocnictwa. Ponieważ teoria przedstawicielstwa jest różna od teorii organów, to autorzy ci podkreślają niecelowość ich sztucznego ze sobą mieszania. Ze względu na bezpieczeństwo obrotu wymagana jest transparentność w określeniu umocowania podmiotu, z którym dokonywana jest czynność prawna²¹. Przyzwolenie na ustanawianie członków zarządu pełnomocnikami prowadziłoby do sytuacji, gdzie oni sami wyznaczają sposób i rodzaj reprezentacji spółki, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów k.s.h. Przejęte więc zasady przez wspólników stawałyby się tylko fikcją. *De facto*

¹⁹ *Ibidem*, s. 21.

²⁰ A. Kidyba, *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*, Warszawa 2014, Legalis.

²¹ A.J. Strzępka, P. Pinior, *Pełnomocnictwo a status członka zarządu*, Prawo Spółek 2006, nr 10, s. 5–6.

doprowadzałoby to do zastępowania organów osoby prawnej przez jej pełnomocników. A.J. Strzępka i P. Pinior na podstawie tych samych argumentów systemowych, odnoszących się do przywołanych w uzasadnieniu uchwały artykułów innych ustaw podkreślają, że aby istniała możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu upoważnionego do łącznego reprezentowania spółki, byłaby potrzebna specjalna zgoda wyrażona na gruncie ustawy²².

P. Pinior i B. Jochemczyk podkreślają z kolei wagę woli założycieli spółki co do sposobów jej reprezentowania. Dodatkowo popierają swoje argumenty twierdząc, że błędna praktyka nie może sanować istnienia prawidłowych przepisów prawnych²³.

7. Głosy aprobujące w stosunku do stanowisk Sądu Najwyższego wyrażonych w obu uchwałach

Druga połowa przedstawicieli doktryny doceniła wartość i znaczenie omawianych uchwał. Jak podkreśla J.P. Naworski, treść uchwały z 2006 r. skupia się wokół zagadnień związanych ze spółką z ograniczoną odpowiedzialnością, ale zarówno teza jak i argumenty mogą mieć zastosowanie także do spółki akcyjnej, a ponadto do spółek osobowych²⁴. Autor ten zauważa również fakt, iż nawet jeśli tylko sama teza uchwały z 2006 r. pozwala wprost jedynie na udzielenie członkowi zarządu pełnomocnictwa do dokonywania poszczególnych czynności prawnych, to co za tym idzie, również dotyczy to innych rodzajów pełnomocnictwa, czyli np. prokury. Warto podkreślić, iż polski ustawodawca wprowadził od początku roku 2017 do porządku prawnego możliwość udzielenia prokury łącznej niewłaściwej.

J.P. Naworski odwołując się do pierwszego argumentu Sądu Najwyższego dotyczącego zasady, iż musi istnieć ustawowe wyłączenie w danej sytuacji stosowania odpowiednio przepisów kodeksu cywilnego na gruncie prawa handlowego, podkreśla, że powołanie się na przykład „art. 55 prawa spółdzielczego nie może być traktowany jako przepis wyrażający wyjątkiem od zasady głoszącej zakaz łączenia wspomnianych funkcji, lecz stanowi jedynie argument systematyczny w procesie wykładni, potwierdzający występowanie w polskim systemie prawnym takiego rozwiązania”²⁵.

Wspomniany autor podziela argumenty Sądu Najwyższego, iż właściwe zakazy zostały zawarte w art. 214 § 1 i 3 oraz w art. 243 § 3 k.s.h. Autor ten nie popiera jednak argumentu z art. 205 § 3 k.s.h., gdyż nie ma on żadnego znaczenia dla rozstrzyganej kwestii, a Sąd Najwyższy nie uzasadnił w pełni tego argumentu. Jak jednak podsumowuje swoje wywody Naworski: „Silentium legis stanowi raczej argument za dopuszczalnością łączenia funkcji członka zarządu spółki kapitałowej i jej pełnomocnika, a w każdym razie nie wyklucza takiego zabiegu”²⁶.

²² *Ibidem*, s. 8.

²³ P. Pinior, B. Jochemczyk, *Pełnomocnictwo dla członka zarządu spółki kapitałowej – odpowiedź na polemikę*, Prawo Spółek 2005, nr 2, s. 26.

²⁴ J. P. Naworski, *Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z.o.o.*, Monitor Prawniczy 2008/1, s. 44.

²⁵ *Ibidem*, s. 45.

²⁶ *Ibidem*, s. 46.

Natomiast Z. Kuniewicz podkreśla, na tle wymienionych w poprzednim akapicie przepisów, istotność zwłaszcza art. 214 k.s.h., który zakazując łączenia pewnych funkcji w spółce stanowi, iż na przykład prokurent nie może być członkiem rady nadzorczej lub komisji rewizyjnej. Wnioskując z tego przepisu *a contrario* można stwierdzić, iż przy braku analogicznego wykluczenia można udzielić członkowi zarządu pełnomocnictwa²⁷.

Według J.P. Naworskiego należy odrzucić tezę, iż spółkę mogą reprezentować pełnomocnicy tylko, gdy tak stanowi umowa spółki. Podkreśla on też, że skoro pełnomocnicy nie są wpisywani do KRSu, to zarzut związany z wpisem do rejestru sposobu reprezentowania spółki jest chybiony. Nie ma tutaj miejsca sytuacja związana z naruszeniem jawności materialnej rejestru.

Co do zakazu dokonywania czynności „z samym sobą” J.P. Naworski podkreśla, że zakaz dokonywania czynności prawnych „z samym sobą” ma charakter generalny, a więc dotyczy także czynności jednostronnych²⁸. Zgodnie jednak z treścią art. 108 zd. 1 k.c. zakaz dokonywania czynności „z samym sobą” nie obowiązuje, gdy ze względu na treść czynności prawnej wyłączona jest możliwość naruszenia interesów mocodawcy. Według Naworskiego członek zarządu nie zajmuje pozycji przeciwnej wobec spółki, co wyklucza niebezpieczeństwo zagrożenia interesów spółki. Bilewska z kolei podkreśla, iż na gruncie kodeksu spółek handlowych to art. 210 k.s.h. rozstrzyga konflikty pomiędzy interesem spółki a członków zarządu. Według tej autorki, podobnie tak jak art. 108 k.c., znajduje on zastosowanie tylko do czynności dwustronnych, którą udzielenie pełnomocnictwa z pewnością nie jest. Warto przypomnieć, że art. 2 k.s.h. stanowi, że odpowiednie zastosowanie mają przepisy kodeksu cywilnego wtedy dopiero, gdy brak jest dostatecznej regulacji na płaszczyźnie prawa handlowego. Tutaj nie ma takiej sytuacji, więc nie można przyjąć możliwości analogicznego zastosowania art. 108 k.c.²⁹

J.P. Naworski odnosi się także do argumentów, których nie skomentował Sąd Najwyższy w swoim uzasadnieniu – chodzi o argument dotyczący miernika staranności, który obowiązuje członka zarządu a pełnomocnika. Zgodnie z art. 293 § 2 i art. 483 § 2 k.s.h. członka zarządu obowiązuje podwyższony miernik staranności, zaś na gruncie art. 355 § 1 k.c. pełnomocnik odpowiada tylko przed dłużnikiem. Według Naworskiego akcentowanie tych różnic jest pozbawione sensu³⁰.

W uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy powoływał argumenty dotyczące zagrożenia dla bezpieczeństwa i pewności obrotu. Z. Kuniewicz dla odparcia tych argumentów powołuje się na fakt, że w interesie osoby dokonującej czynności prawnej leży ustalenie, w jakim charakterze ona występuje. Powołuje on także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 1973 r. (III CRN 77/73), gdzie stwierdzono, iż nieujawnienie przez pełnomocnika charakteru swego działania osobie, z którą zawiera umowę, sprawia że „umowa nie dochodzi do skutku, brak bowiem wtedy zgody co do osoby drugiego kontrahenta”.

²⁷ Z. Kuniewicz, *Glosa do uchwały SN z 23.08.2006 r. (III CZP 68/08)*, Rejent 2007/5, s. 139.

²⁸ J.P. Naworski, *Pełnomocnictwo członka zarządu spółki z o.o.*, Monitor Prawniczy 2008/1, s. 46.

²⁹ K. Bilewska, *Udzielenie pełnomocnictwa członkowi zarządu spółki z o.o.*, Palestra 2007, nr 1-2, s. 282.

³⁰ J.P. Naworski, *Pełnomocnictwo...*, s. 47.

Również S. Sołtysiński i P. Moskwa twierdzą, iż:

Zgadzając się – co do zasady – z treścią uchwały SN z 23.8.2006 r., uważam, że argumentacja zwolenników odmiennego poglądu, w tym poglądów kompromisowych, zasługuje na uwagę. Brak ustawowego zakazu udzielania pełnomocnictwa nie podważa zdecydowanie argumentu, że przynajmniej w niektórych okolicznościach ustanowienie pełnomocnictwa na rzecz piastuna może naruszać interesy akcjonariuszy i ustalone w konstytucji spółki zasady reprezentacji spółki³¹.

8. Podsumowanie

Po przedstawieniu w niniejszym artykule problematyki udzielania pełnomocnictwa i zarysowania tła samej instytucji, popieram możliwość udzielenia pełnomocnictwa członkowi zarządu umocowanego do reprezentowania łącznie spółki kapitałowej. Przy dochowaniu ostrożności obu stron dokonywanej czynności prawnej, ryzyko zagrożeń dla jej skuteczności znacząco maleje, a dzięki temu uczestnicy obrotu mogą dokonywać łatwiej transakcji, które mogą być dla spółki kluczowe. Należy pamiętać, że na gruncie prawa handlowego najistotniejsza jest funkcjonalność przyjętych rozwiązań. Utrwalona już linia orzecznicza Sądu Najwyższego jest zaś bezpieczną przystanią dla przedsiębiorców, którzy najbardziej cenią stabilność obowiązującego prawa.

Uważam, że skoro art. 2 k.s.h. wskazuje na odpowiednie stosownie przepisów kodeksu cywilnego w przypadku braku unormowań na płaszczyźnie prawa handlowego i ich stosowanie może być wyłączone tylko przez konkretny przepis, to w przypadku, gdy występuje brak takiego zakazu, to możliwość ustanowienia członka zarządu pełnomocnikiem należy uznać za dopuszczalną. Zgadzam się również, iż takie przyzwole nie może powodować zmniejszenie transparentności w stosunkach gospodarczych, ale należy pamiętać, że prawie zawsze za uprawnieniami idą obowiązki. Mam na myśli obowiązki spoczywające właśnie na podmiotach korzystających z tych dodatkowych możliwości wyboru sposobu wykonywania reprezentacji spółki. Obrót, w którym najczęściej uczestniczą spółki, to obrót profesjonalny, w której ustawodawca nie musi wprowadzać norm semi-imperatywnych chroniących „słabszych” uczestników obrotu. Ustalenie z kim dokonywana jest konkretna czynność prawna powinno leżeć w interesie danego podmiotu, co podkreślone zostało już dawno w orzecznictwie. Z tych właśnie powodów uważam za niezasadne wywodzenie sztywnego zakazu możliwości ustanawiania członka zarządu uprawnionego do łącznego jej reprezentowania pełnomocnikiem.

³¹ S. Sołtysiński, P. Moskwa [w:] *System Prawa Prywatnego, Tom 17b, Prawo Spółek kapitałowych*, red. S. Sołtysiński, Warszawa 2016, Legalis.

* * *

Possibility of Granting a Power of Attorney to a Member of the Management Board of a Capital Company – Analysis of Doctrinal Views

The purpose of this article is to present the issues related to the granting of a generic or a special member of the management of board of a capital company which is entitled to represent it jointly. This issue has been controversial for many years among the doctrine representatives. They have become the subject of various publications, sharing theorists and practitioners of law, finally reaching the Supreme Court, which, despite various reservations, allowed in both cases from 2006 and 2014 to establish proxy for a board of members. The authors discuss what is the power of attorney, generally characterizing it, distinguishing all types of proxy, outline the main arguments of the discussion. The above-mentioned resolutions of the Supreme Court were then discussed, as well as approving and critical voices. It is worth emphasizing that despite the two decisions of the Supreme Court, the problem is still widely discussed.

Key words: representation of a capital company, member of a board, proxy

Joanna Szumańska¹

Prawo do modyfikacji umowy oraz do ograniczenia ryzyka jej niewykonania w międzynarodowym obrocie gospodarczym

Streszczenie:

Poniższe opracowanie jest poświęcone analizie prawa do modyfikacji umowy oraz do ograniczenia ryzyka jej niewykonania w międzynarodowym obrocie handlowym. Wskutek gwałtownych przemian gospodarczych i społecznych sąd uzyskał prawo do ingerencji w stosunek zobowiązaniowy stron umowy o ile nastąpiła nieprzewidywalna zmiana okoliczności, które wpłynęły na sposób wykonania zobowiązania. Strony uzyskują prawo do renegocjacji umowy *ex lege* na mocy klauzuli *rebus sic stantibus* uregulowanej w art. 357¹ Kodeksu cywilnego oraz *ex contractu* na mocy uprzedniego zastrzeżenia w umowie instytucji *hardship*, zawartej w Zasadach Międzynarodowych Kontraktów Handlowych. W przypadku wystąpienia zdarzenia, którego strony nie mogły przewidzieć, a które istotnie wpłynęło na treść zawartej umowy, mogą powołać się na instytucję klauzuli siły wyższej zawartej w Konwencji Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, która działa z mocy prawa oraz zawartej w Zasadach UNIDROIT klauzuli siły wyższej tzw. *force majeure*, która zastrzeżona uprzednio w kontrakcie wyłącza odpowiedzialność strony za niewykonanie zobowiązania.

Słowa kluczowe: kontrakt, klauzula *rebus sic stantibus*, klauzula *hardship*, klauzula siły wyższej (*force majeure*), nadzwyczajna zmiana okoliczności, modyfikacja

¹ Autorka jest studentką trzeciego roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Interesuje się szeroko rozumianym prawem prywatnym, w szczególności materialnym prawem cywilnym oraz arbitrażem. Angażuje się w działalność w Kole Naukowym Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego nadzorując projekt polegający na organizowaniu spotkań z ogólnopolskimi przedstawicielami doktryny „Akademia Prawa Prywatnego”.

1. Uwagi wprowadzające

Niestabilność gospodarcza i ryzyko związane z zawieraniem kontraktów handlowych spowodowały, że wykonanie zobowiązania uzgodnionego przez strony w momencie zawierania umowy może nie prowadzić w dalszym ciągu do urzeczywistnienia pierwotnie założonego przez strony celu. Dzieje się tak na skutek wystąpienia szczególnych zdarzeń, które diametralnie zmieniają sytuację kontraktową stron poprzez wystąpienie zazwyczaj nieprzewidywalnego zdarzenia pomiędzy zawarciem kontraktu, a jego wykonaniem. Takie zdarzenie może spowodować nadzwyczajną zmianę okoliczności, która doprowadzi do załamania równowagi kontraktowej stron. W celu utrzymania stabilności i pewności obrotu gospodarczego kontrakt powinien być renegocjowany. W odpowiedzi na tę potrzebę zostały stworzone instytucje prawne, które funkcjonują z mocy samego prawa albo poprzez ich uprzednie zastrzeżenie w umowie, które dają stronie prawo do żądania wszczęcia renegocjacji w celu powtórного określenia praw i obowiązków stron albo wyłączają odpowiedzialność strony za niewykonanie umowy. Do podanych instytucji, które będą przedmiotem analizy tego opracowania, należą: klauzula *rebus sic stantibus* zawarta w art. 357¹ Kodeksu cywilnego, klauzule siły wyższej (tzw. *force majeure*) oraz instytucja *hardship*, uregulowane jako Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT.

2. Uzasadnienie istnienia klauzli *rebus sic stantibus*

Klauzula *rebus sic stantibus* jest uważana według większości doktryny za ogólną regułę, która umożliwia modyfikację treści umowy i dostosowanie tej treści do nowych okoliczności umowy². W związku z tym wspomniana klauzula może być utożsamiana z zasadą uwzględniania zmienionych okoliczności³. Ten mechanizm prawny jest sposobem ochrony interesów i pierwotnych intencji stron umowy przed negatywnymi skutkami zmiany okoliczności. Klauzula *rebus sic stantibus* pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą obrotu gospodarczego *pacta sunt servanda*⁴. Jest uważana za wyjątek od generalnej zasady obowiązku dotrzymywania umów⁵ albo odmiennie jest uznawana za zasadę wzmacniającą albo uzupełniającą zasadę *pacta sunt servanda*⁶. Wspomniana zasada nakazuje stronom wykonywać zobowiązania zgodnie z literalną treścią umowy. Takie założenie gwarantuje pewność obrotu prawnego. Dla ustalenia zakresu tej zasady konieczne jest zbadanie istoty i charakteru kontraktu. Kontrahenci, składając oświadczenie woli, muszą rozważyć nie tylko istniejące okoliczności, ale też prawdopodobny przebieg wydarzeń od chwili zawarcia umowy, aż do jej wygaśnięcia⁷.

² A. Szumański, *Ochrona prawna strony umowy dotkniętej skutkami zmiany okoliczności*, Warszawa 1994.

³ S. Włodyka, *Prawo gospodarcze. Zarys systemu. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1981, s. 67-70.

⁴ A. Szumański, *Ochrona prawna strony*...

⁵ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków na wykonanie zobowiązań*, cz. I, MoP 2005, Nr 11, s. 540.

⁶ A. Brzozowski [w:] *Kodeks Cywilny, Komentarz*, t. I, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2005.

⁷ J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady pacta sunt servanda i klauzuli rebus sic stantibus we współczesnym klimacie gospodarczym*, PPH 2010, Nr 3, s. 4-9.

Jednak nie wszystkie sytuacje mogą być przewidywalne dla stron. W warunkach gwałtownych wstrząsów gospodarczych, kryzysów i przemian społecznych może dojść do zagrożenia dla stabilności obrotu i destabilizacji, czyli zburzenia podstawy, która stanowi fundament danej umowy. Taka radykalna zmiana okoliczności może skutkować załamaniem równowagi kontraktowej stron i uniemożliwieniem osiągnięcia zamierzonych przez nie celów. Pokazuje to, że rygorystyczne przestrzeganie zasady *pacta sunt servanda* może prowadzić do rażąco niesprawiedliwych rezultatów. Dlatego, w sytuacjach nagłych, nieoczekiwanych zmian, zobowiązanie kontraktowe powinno być przystosowane do zmieniających się okoliczności, aby mogło być prawidłowo wykonane przy zachowaniu równości stron. Tak jak zasada *pacta sunt servanda* umacnia wiążący charakter zobowiązań w warunkach względnej stabilności okoliczności, tak klauzula *rebus sic stantibus* służy umacnianiu zobowiązań umownych w warunkach radykalnych zmian⁸.

3. Klauzula *rebus sic stantibus* – art. 357¹ Kodeksu cywilnego

Klauzula *rebus sic stantibus* została umieszczona w Księdze trzeciej, Zobowiązania, Kodeksu cywilnego, w art. 357¹. Prawo polskie jako jedno z pierwszych w Europie podjęło się uregulowania wspomnianej klauzuli w akcie prawnym powszechnie obowiązującym⁹ (Kodeks zobowiązań z 1934 roku), co skutkuje prawem każdego podmiotu do powołania się na art. 357¹ Kodeksu cywilnego bez wcześniejszego zastrzeżenia takiej klauzuli w umowie. Instytucja ta stanowi ważne narzędzie dla strony kontraktu dotkniętej z powodu nieoczekiwanej zmiany okoliczności, dając jej prawo do żądania renegotjacji umowy przez sąd. Ingerencja sądu w stosunek prawny kontrahentów stanowi tzw. przejaw prawa sędziowskiego¹⁰, ponieważ sąd uzyskuje uprawnienie do zmiany umowy, a więc do dostosowania literalnej treści stosunku umownego do pierwotnej intencji stron, aby treść tego stosunku prawnego uwzględniała zasady słuszności i była zgodna ze społecznym poczuciem sprawiedliwości¹¹. Strony otrzymują prawo do żądania zmiany umowy w momencie, kiedy nienaruszalność kontraktu po jego zawarciu zostaje wyczerpana, wskutek wypełnienia przesłanek zawartych w art. 357¹ Kodeksu cywilnego. Do przesłanek renegotjacji umowy zaliczamy sytuacje, gdy z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażącą stratą, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy¹². Podstawową przesłanką zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus* jest wystąpienie nadzwyczajnej zmiany stosunków. Nie stworzono legalnej

⁸ *Ibidem*, s. 4.

⁹ *Ibidem*, s. 5.

¹⁰ Z. Gawlik, *Klauzula rebus sic stantibus w znowelizowanym kodeksie cywilnym*, Nowe Prawo 1990, Nr 10-12, s. 46.

¹¹ Z. Gawlik, *Nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka modyfikacji lub rozwiązania umowy*, MoP 1995, Nr 3, s. 65; M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków jako przesłanka zastosowania art. 357¹ KC – Próba definicji*, Polska Akademia Nauk, Instytut Nauk Prawnych 2009, Zeszyt 4 (182), Warszawa 2009, s. 77.

¹² Art. 357¹, Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964, *Kodeks Cywilny* (Dz.U. 1964 nr 16 poz. 93).

definicji powyższego pojęcia, dlatego doktryna prawnicza przyjmuje różne poglądy dotyczące jego rozumienia¹³. Na samym początku warto jednak zastrzec, że przyjmując stanowisko, iż klauzula *rebus sic stantibus* stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*, należy podkreślić, że wyjątków nie można interpretować rozszerzająco. Dlatego wykładania art. 357¹ Kodeksu cywilnego powinna być dokonywana bardzo restrykcyjnie¹⁴. Nie budzi wątpliwości, że zmiany muszą odbiegać od normalności, a zatem nie zdarzać się w zwykłym, przewidywalnym biegu wydarzeń. Według Z. Gawlika, nadzwyczajna jest zmiana spowodowana niezwykle okolicznościami, które bardzo rzadko się zdarzają, są niepospolite, wyjątkowe, niezwykle lub niebywałe¹⁵. Natomiast A. Brzozowski oraz J. Rajski łączą nadzwyczajność zmiany z przekroczeniem granic zwykłego ryzyka kontraktowego. Do spornych kwestii należy możliwość uznania za nadzwyczajną indywidualne zmiany w sytuacji strony stosunku umownego. Należy tutaj dopuścić dwa stanowiska: skrajne¹⁶, wykluczające taką możliwość oraz do niego przeciwstawne, aprobujące zmianę sytuacji indywidualnej strony umowy jako wyczerpujące przesłankę nadzwyczajnej zmiany okoliczności¹⁷. Wydaje się, że nadzwyczajna zmiana stosunków powinna być spowodowana okolicznością zewnętrzną, która w sposób drastyczny zachwiała równowagę kontraktową stron, powodując istotne zniekształcenie pierwotnie ustalonego kształtu umowy¹⁸. Nadzwyczajna zmiana stosunków nie powinna raczej wynikać ze zmiany sytuacji indywidualnej strony umowy, ponieważ na gruncie podobnych instytucji prawnych¹⁹ strona kontraktu nie powinna mieć wpływu na powstanie zdarzenia, które spowodowało nadzwyczajną zmianę okoliczności. Ciężko natomiast jest postawić granicę pomiędzy zachowaniem strony, a wpływem tego zachowania na zmianę indywidualnej sytuacji podmiotu. Jednakże, należy pamiętać, że klauzula *rebus sic stantibus* powinna być stosowana na zasadach słuszności, a więc respektując zasady sprawiedliwości społecznej. Dlatego nie da się wykluczyć sytuacji, w której szczególnie indywidualna zmiana w sytuacji strony przekreśliłaby możliwość zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*. Następną kwestią jest określenie czasu, w którym nastąpiła zmiana okoliczności. Pierwsze stanowisko opowiada się za zmianą w okresie od zawarcia umowy do jej wykonania²⁰. Odmienny pogląd statuuje, iż zmiana stosunków mogła nastąpić nawet przed zawarciem umowy, jeżeli strony o niej nie wiedziały i nie uwzględniły jej przy formułowaniu treści umowy^{21, 22}. Wydawałoby się, iż

¹³ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 74.

¹⁴ A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków...*, s. 540.

¹⁵ Z. Gawlik, *Klauzula rebus...*, s. 40.

¹⁶ T. Wiśniewski [w:] G. Bieniek, *Komentarz do Kodeksu Cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. I, Warszawa 2006, s. 39; A. Malarewicz, *Wpływ zmiany stosunków...*, s. 542.

¹⁷ Z. Gawlik, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 68; A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania (klauzula rebus sic stantibus; waloryzacja świadczeń pieniężnych)* SPP, 2008, Nr 1, s. 31-33.

¹⁸ J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania zasady...*, s. 6.

¹⁹ Instytucja *hardship*, Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT, art. 6.2.2 (c), instytucja wywodząca się z systemu *common law* – *frustration*.

²⁰ L. Jaworski, *Klauzula rebus sic stantibus*, Prawo spółek 1998, Nr 9, s. 34.

²¹ M. Bieniak, *Nadzwyczajna zmiana stosunków...*, s. 80.

²² W. Robaczyński, *Sądowa zmiana umowy*, Warszawa 1998, s. 92-93.

oceniając możliwość uwzględnienia zdarzenia, które spowodowało zmianę okoliczności, a o którego istnieniu strony nie wiedziały, należałoby ocenić, zgodnie z art. 355 Kodeksu cywilnego, czy strony, zawierając umowę, dołożyły należytej staranności w celu sprawdzenia ewentualnej możliwości wystąpienia zdarzenia, czy wykazały się niedbalstwem. Bezsporny wydaje się jednak fakt, iż nadzwyczajna zmiana stosunków powinna mieć wpływ na zobowiązanie. Do następnych przesłanek zastosowania klauzuli *rebus sic stantibus*, według Kodeksu cywilnego, należą nadmierna trudność w wykonaniu zobowiązania albo groźba rażącej straty, które zostały spowodowane zmianą stosunków od czasu zawarcia kontraktu. Wynika z tego, że pomiędzy tymi okolicznościami musi zachodzić powiązanie faktyczne o przyczynowo-skutkowym charakterze²³ oraz zmiana kontraktu musi skutkować wystąpieniem rażącej straty dla jednej ze stron albo nadmiernymi trudnościami w wykonaniu zobowiązania. Dodatkowym wymogiem na gruncie art. 357¹ Kodeksu cywilnego jest brak przewidywalności przez strony możliwości wystąpienia zdarzenia, które może spowodować nadzwyczajną zmianę okoliczności. Brak przewidywalności można rozumieć jako brak świadomości możliwości wystąpienia danego zdarzenia bądź okoliczności, mimo zachowania należytej staranności w celu oceny obecnej sytuacji oraz jej prawdopodobnego przebiegu. W przypadku profesjonalistów w danej dziedzinie, miernik należytej staranności będzie nawet podwyższony. Spełnienie powyższych przesłanek będzie usprawiedliwiała ingerencję sądu w celu modyfikacji treści umowy, aby dostosować dane zobowiązanie kontraktowe do nadzwyczajnie zmienionych okoliczności, jeżeli strony nie mogą same osiągnąć porozumienia w tej materii. Ingerencja sądu w stosunek zobowiązaniowy, re-negocjacja umowy, polega na oznaczeniu sposobu wykonania zobowiązania lub zmianie wysokości świadczenia będącego postawą kontraktu. Sąd na gruncie art. 357¹ Kodeksu cywilnego ma również uprawnienie do rozwiązania umowy, decydując o wygaśnięciu zobowiązań stron. Sąd powinien się przy tym kierować ogólną dyrektywą statuującą, iż należy preferować rozwiązania sprzyjające utrzymaniu w mocy kontraktu. Sąd ustalając odmienny sposób wykonania zobowiązania albo zmieniając wysokość świadczeń powinien umożliwić stronom realizację ich celów gospodarczych. Dlatego właśnie stosowanie klauzuli *rebus sic stantibus* będzie wzmacniało stabilizację i pewność obrotu. Rozwiązanie kontraktu przez sąd powinno być traktowane jedynie wyjątkowo, jeżeli nie ma możliwości utrzymania postanowień stron poprzez modyfikację treści umowy. Sąd, dokonując zmiany stosunku zobowiązaniowego pomiędzy stronami, powinien przede wszystkim mieć na względzie potrzebę danej modyfikacji i jej celowość, ponieważ jego działanie stanowi mechanizm, którego celem jest dostosowanie danej umowy do diametralnie zmienionych okoliczności.

4. Klauzule siły wyższej (tzw. *force majeure*)

Mnogość występowania zjawisk, przemian gospodarczych i społecznych sprawiły, że zawieraniu kontraktu towarzyszy ryzyko wystąpienia nieprzewidzianych zjawisk, które mogą zburzyć równowagę kontraktową stron. Wystąpienie takich okoliczności

²³ J. Rajski, *Z problematyki funkcjonowania...*, s. 6.

może być związane z wyłączeniem odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania. Do takich mechanizmów prawnych należy klauzula siły wyższej tzw. *force majeure*. Instytucja *force majeure* służy do podziału ryzyk związanych z możliwością wystąpienia w przyszłości pewnych zdarzeń, które znacznie utrudnią wykonanie zobowiązania. Zastrzeżenie w umowie klauzuli siły wyższej pozwala stronom na określenie zakresu ponoszonego przez nie ryzyka²⁴. Dodatkowo, strony uwzględniając taką klauzulę będą mogły zabezpieczyć się na wypadek wystąpienia takich zdarzeń, a nawet ograniczyć koszty związane z ich wystąpieniem. Klauzula siły wyższej pozwala stronom dokonać podziału ryzyka wystąpienia nieprzewidzianych zdarzeń mogących powstać w przyszłości. Podzieleniu ryzyka będzie towarzyszyło określenie praw i obowiązków kontrahentów, a to będzie skutkowało uniknięciem sporów mogących powstać w przyszłości na tym tle. Tradycyjne pojęcie siły wyższej zostało zastąpione przez pojęcia bardziej elastyczne, które zamiast rozwiązania umowy będą przewidywały sposoby służące utrzymaniu woli stron. Strony przyjmując w umowie klauzulę siły wyższej (*force majeure*) mogą oznaczyć zakres siły wyższej w ramach danego kontraktu. Takie zastrzeżenie może stanowić postać tradycyjnego ujęcia siły wyższej jako zdarzenia niezależnego od woli dłużnika, któremu nie można było zapobiec. Określenie *force majeure* może przybrać również postać zdarzenia, które występuje poza rozsądną kontrolą stron²⁵. Klauzula siły wyższej może zostać zmodyfikowana zgodnie z wolą stron poprzez odwołanie do kryterium należytej staranności albo zostać opisana w umowie za pomocą wyliczenia enumeratywnego bądź przykładowego. Strony zastrzegając i określając klauzulę siły wyższej mogą uzależnić jej wykonanie od pewnych zachowań strony dotkniętej *force majeure*. Może do nich należeć zawiadomienie strony o wystąpieniu siły wyższej oraz określenie terminu, w jakim strona powinna dokonać zawiadomienia. Skutki wystąpienia siły wyższej powinny zostać określone w kontrakcie, w szczególności sposób ewentualnego wygaśnięcia zobowiązania. W razie wystąpienia siły wyższej wykonanie zobowiązania ulega zawieszeniu, w szczególności jeżeli zdarzenie powodujące siłę wyższą ma charakter czasowy. Wtedy termin na wykonanie zobowiązania powinien ulec przedłużeniu. Jeżeli oddziaływanie siły wyższej ulegnie przedłużeniu, strony powinny dążyć do renegotjacji treści stosunku prawnego, a w ostateczności zobowiązanie ulega wygaśnięciu. Klauzula *force majeure* została zawarta w Konwencji Narodów Zjednoczonych o Umowach międzynarodowej sprzedaży towarów²⁶ (zwana dalej „Konwencją Wiedeńską”) w art. 79 oraz Zasadach Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT (zwanych dalej „Zasadami UNIDROIT”) w art. 7.1.7. Konwencja Wiedeńska sytuuje klauzulę siły wyższej jako zwolnienie strony od odpowiedzialności za niewykonanie któregoś ze swoich obowiązków, jeżeli strona udowodni, że to niewykonanie nastąpiło z powodu przeszkody od niej niezależnej i że nie można było od niej rozsądnie oczekiwać wzięcia pod uwagę tej przeszkody w chwili zawarcia umowy lub uniknięcia

²⁴ J. Rajski, *Klauzule siły wyższej (force majeure) w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, PPH 1999, s. 1.

²⁵ *Ibidem*, s. 4.

²⁶ Art. 79, Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, 1980 (Dz.U. 1997 nr 45 poz. 286).

bądź przewyciężenia przeszkody lub jej następstw. Zwolnienie od odpowiedzialności następuje tylko w okresie trwania przeszkody. Konwencja Wiedeńska nakłada ponadto obowiązek zawiadomienia o zaistnieniu przeszkody i jej wpływie na wykonanie zobowiązania. Na gruncie zasad UNIDROIT, niewykonanie zobowiązania przez stronę jest uzasadnione, jeżeli strona udowodni, że niewykonanie zobowiązania było spowodowane przeszkodą pozostającą poza kontrolą dłużnika, a przeszkody tej nie mógł on rozsądnie przewidzieć. Dłużnik nie był również w stanie uniknąć albo przewyciężyć konsekwencji wynikających ze zdarzenia spowodowanego siłą wyższą²⁷. Oznacza to, że takie zdarzenie musi pozostawać poza sferą kontroli dłużnika, a wymóg nieprzewidywalności wpływu wystąpienia siły wyższej na zobowiązanie umowne jest oceniany przez pryzmat kryterium rozsądku²⁸. Klauzula *force majeure* zwalnia dłużnika od odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania, pierwotnie zawieszając wykonanie zobowiązania jeżeli zdarzenie powodujące siłę wyższą okazało się przejściowe.

5. Instytucja *hardship*

Zawieranie umów w międzynarodowym obrocie gospodarczym jest związane z dużym ryzykiem wystąpienia negatywnych zdarzeń, które mogą zachwiać równowagę kontraktową stron. Następną opisaną instytucją prawną, która będzie zmniejszała ryzyko związane z wykonaniem umowy, której okoliczności uległy zmianie pod wpływem nieprzewidywalnego przez strony zdarzenia, jest instytucja *hardship*. Klauzula *hardship* obejmuje zdarzenia niezależne od woli stron, których nie brały one pod uwagę przy zawieraniu umowy, a które zasadniczo zmieniają równowagę kontraktową stron sprawiając, że wykonanie zobowiązania staje się szczególnie uciążliwe dla jednej z nich²⁹. Instytucja *hardship* została uregulowana jako jedna z Zasad UNIDROIT. Odwołuje się również do nadzwyczajnej zmiany stosunków umowy i stanowi ponadnarodową regulację zbliżoną do klauzuli *rebus sic stantibus*, a zatem można powiedzieć, że stanowi wyjątek od zasady *pacta sunt servanda*. *Hardship* jest tłumaczone jako niezgodność lub trudność, z zaznaczeniem, że chodzi tu o trudności w wykonaniu umowy. Zasady UNIDROIT definiują *hardship* jako instytucję, w której zaistniałe zdarzenie zasadniczo zmienia równowagę kontraktową albo poprzez zwiększenie kosztów świadczenia, albo przez zmniejszenie wartości świadczenia dla drugiej strony³⁰. Przepisy dotyczące instytucji *hardship* potwierdzają zasadę *pacta sunt servanda*. Stanowią, że strona powinna wykonać swoje zobowiązania nawet w sytuacji, gdyby wiązało się to z wystąpieniem nadmiernych trudności, chyba że zachodzą przesłanki instytucji prawnej *hardship*. Do przesłanek tych należy, po pierwsze, okoliczność, że zdarzenia zaistniały albo stały się znane stronie nim dotkniętej dopiero po zawarciu umowy. Po drugie,

²⁷ Art. 7.1.7, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010, s. 236.

²⁸ J. Rajski, *Klauzule siły wyższej...*, s. 7.

²⁹ J. Rajski, *Klauzule hardship w kontraktach zawieranych w międzynarodowym obrocie gospodarczym*, PPH 1999, s. 2.

³⁰ A. Brzozowski, *Wpływ zmiany okoliczności na zobowiązania Klauzula rebus sic stantibus*, Warszawa 2014, s. 69-71.

możliwość wystąpienia takiego zdarzenia nie może być rozsądnie brane przez stronę w momencie zawierania kontraktu. Po trzecie, strona dotknięta *hardship* nie miała wpływu na powstanie przedmiotowego zdarzenia oraz po czwarte, strona nie przyjęła ryzyka związanego z wystąpieniem tych zdarzeń³¹. Omawiane zdarzenie musi w sposób istotny zakłócić równowagę kontraktową stron. Istotną zmianę należy rozumieć jako zmianę niemieszczącą się w ramach zwykłego ryzyka kontraktowego towarzyszącego transakcjom handlowym. Jeden z współtwórców Zasad UNIDROIT, Dietrich Maskow, twierdzi, iż o zmianie istotnej można mówić, jeżeli wartość kosztów wykonania, czy wartość samego świadczenia zmienieni się przynajmniej o 50%. Skutkiem klauzuli *hardship* jest możliwość żądania przez stronę dotkniętą *hardship* podjęcia renegotjacji umowy. Przystosowanie umowy do zmienionych okoliczności umożliwi przywrócenie równowagi kontraktowej stron i zapewni stabilizację obrotu gospodarczego. Żądanie wszczęcia renegotjacji powinno być dokonane niezwłocznie po wystąpieniu zdarzenia powodującego *hardship*. Zgłoszenie żądania renegotjacji umowy nie zwalnia stron z obowiązku wykonania kontraktu. Jeżeli osiągnięcie kompromisu okazało się dla stron niemożliwe, pojawia się drugi skutek *hardship*, czyli postępowanie przed sądem. Sąd może dokonać ingerencji w stosunek zobowiązaniowy tylko jeżeli dopatrzył się przesłanek *hardship* i swoją ingerencję uznał za celową. Sąd może wówczas w swoim orzeczeniu dokonać rozwiązania umowy, orzekając o wzajemnym rozliczeniu między stronami albo dokonać modyfikacji umowy w celu przywrócenia równowagi kontraktowej stron.

6. Uwagi końcowe

Gwałtowne przemiany gospodarcze spowodowały wykształcenie się instytucji prawnych, które pozwalają na renegotjacje treści umowy albo ograniczają ryzyko związane z niewykonaniem kontraktu. Zakaz ingerencji sądu, traktowany jako świętość w świetle XIX-wiecznych koncepcji państwa liberalnego, został obecnie przełamany celem dążenia do respektowania zasad słuszności i sprawiedliwości społecznej. Obecnie potrzeba ingerencji w stosunek zobowiązaniowy jest widoczna poprzez uregulowanie wspomnianych mechanizmów prawnych, które chronią strony *ex lege* przed niekorzystnymi skutkami wystąpienia nieprzewidywalnych zdarzeń, bądź nadzwyczajnej zmiany okoliczności. Do instrumentów prawnych chroniących strony *ex lege* należy zaliczyć klauzulę *rebus sic stantibus* oraz klauzulę siły wyższej zawartą w Konwencji Wiedeńskiej. Jednak ze względu na nadmiar sytuacji zmiennych oraz przezorność stron umowy, które dążyły do wcześniejszego podziału ryzyka na wypadek przyszłych nieprzewidywalnych zdarzeń, praktyka wykształciła instytucje prawne chroniące strony *ex contractu*, jeżeli tylko uprzednio zastrzegły je w umowie. Do takich mechanizmów prawnych będzie należało pojęcie siły wyższej (tzw. *force majeure*) pozwalające na wyłączenie odpowiedzialności strony za niewykonanie zobowiązania oraz instytucję *hardship*, która pełni w obrocie gospodarczym podobną rolę do klauzuli *rebus sic stantibus*, posiadającą specjalną, wyjątkową pozycję w polskim systemie prawnym.

³¹ A. Szumański, *Renegocjacja umów w międzynarodowym obrocie handlowym. Studium prawnoporównawcze*, Kraków 1994, s. 117-124.

* * *

The Right to Modify the Contract or to Limitate the Risk of Its Non-Performance in the International Commercial Contracts

This paper is devoted to the problem of the right to modify the contract in the event of extraordinary circumstances which influence the legal situation between the parties or the issue of the limitation of the risk in case of non-performance of the contract. Profound economic disturbances which particular intensity during the last years caused development of the legal institutions which enable the court to modify the contracts due to social justice rules. There are institutions that protect the parties of the contract *ex lege*, *rebus sic stantibus* clause which has been regulated in Polish Civil Code in article 357¹ or *ex contractu*, hardship institution regulated in UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The legal institutions which enable parties to limitate their risk in the event of an unexpected event (the Act of God) are regulated in United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. This legal institution is named *force majeure*.

Key words: contract, *rebus sic stantibus* clause, hardship clause, *force majeure*, forces beyond one's control, extraordinary change of circumstances, modification

Marta Pietrzak¹, Anna Wszolek²

Szczególny zakres ochrony patentowej wynalazku biotechnologicznego w kontekście strony podmiotowej przestępstwa przywłaszczenia projektu wynalazczego

Streszczenie:

Artykuł dotyczy wpływu absolutnej ochrony patentowej wynalazku biotechnologicznego na realizację znamion przestępstwa przywłaszczenia projektu wynalazczego. Celem artykułu była analiza zdolności materiału biologicznego do samoreprodukcji i wynikających z tego wątpliwości co do rzeczywistego przedmiotu ochrony prawami wynikającymi z patentu, ich ewentualnego naruszenia, a w szczególności świadomości sprawcy co do podejmowanych przez niego działań i realizacji znamion przestępstwa opisanego w art. 303 p.w.p. W przypadku patentów na wynalazki biotechnologiczne, ze względu na szeroki zakres ochrony patentowej i w rzeczywistości częste problemy z identyfikacją przedmiotu tejże ochrony, świadomość działania sprawcy jest zazwyczaj w znacznym stopniu ograniczona, o ile nawet nie wyłączona całkowicie. W konsekwencji, w dużej ilości przypadków prowadzi to do wyeliminowania odpowiedzialności karnej za naruszenie praw twórcy wynalazku biotechnologicznego. Wobec tego, zasadnym było rozważenie celowości penalizacji zachowań opisanych obecnie w art. 303 p.w.p. oraz dwutorowego – cywilnoprawnego i karnoprawnego – ujęcia ochrony za zachowania naruszające prawa twórcy oraz prawa wynikające z przyznanej ochrony patentowej na wynalazek biotechnologiczny.

Słowa kluczowe: zakres ochrony patentowej, wynalazek biotechnologiczny, przywłaszczenie projektu wynalazczego

¹ Absolwentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

² Studentka III roku prawa oraz prawa własności intelektualnej i nowych mediów na Wydziale Prawa i Administracji UJ.

I. Wprowadzenie

Według art. 2 Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o różnorodności biologicznej, termin biotechnologia „oznacza każde rozwiązanie technologiczne, które wykorzystuje systemy biologiczne, żywe organizmy lub ich pochodne do wytworzenia lub modyfikowania produktów lub procesów”³. Jest to zatem obserwacja naturalnie występujących zjawisk z zakresu biologii oraz ich techniczne przetwarzanie w celu wykorzystania na skalę przemysłową. Ogólny rozwój technologiczny, zaawansowane materiały i specjalistyczny sprzęt pozwoliły na intensyfikację badań w tej bardzo szczególnej i wymagającej precyzji branży. Obecnie jest to jedna z najbardziej dochodowych i najprężniej rozwijających się dziedzin, jednocześnie generująca najwięcej problemów zarówno technicznych, jak i prawnych oraz etycznych. Głównym źródłem kontrowersji jest jeden z przedmiotów badań biotechnologicznych, a mianowicie organizmy żywe i ich funkcjonowanie. Naukowcy zajmujący się tą dyscypliną niemal codziennie mają do czynienia z komórkami zawierającymi informację genetyczną, która może być powielana, częściowo przetwarzana lub całkowicie zmieniana. Z jednej strony tego typu eksperymenty i obserwacje mają pozytywny wpływ na rozwój nauki dla dobra ogółu i bez wątpienia leżą w interesie publicznym, ponieważ codziennie dostarczają wielu istotnych odkryć z powodzeniem wykorzystywanych w medycynie, farmacji oraz innych naukach. Z drugiej jednak strony toczy się dyskusja nad poprawnością moralną takich badań. Dodatkowo, ze sprzeciwem spotyka się możliwość opatentowania biotechnologicznych wynalazków ze względu na ich częste zastosowanie w leczeniu i terapii. Całość przygotowań i późniejszych badań zgodnych z rygorystycznymi procedurami wymaga ogromnych środków finansowych i nakładów pracy, a tylko niewielka część skutkuje naprawdę istotnymi odkryciami, których opatentowanie wiąże się ze zwrotem kosztów i zarobkiem dla inwestorów. Mając na względzie powyższe czynniki i specyfikę tej dyscypliny, można zauważyć jak ważną, a zarazem delikatną sprawą jest odpowiednia regulacja prawnych zagadnień komercyjnych związanych z biotechnologią w taki sposób, aby wyważyć z jednej strony interesy inwestorów i naukowców pracujących nad danym problemem, z drugiej interes publiczny, a ponadto zachować wartości moralne.

W przypadku wynalazków biotechnologicznych istotną i zdaje się rozstrzygającą pozostałe zagadnienia kwestią jest przedmiot prawa z patentu. Na gruncie prawa europejskiego tę materię reguluje dyrektywa 98/44/WE⁴, której przepisy zostały implementowane do prawa polskiego i znajdują się w ustawie prawo własności przemysłowej⁵. Zgodnie z powyższą ustawą za wynalazek biotechnologiczny uznaje się wytwór spełniający ogólne przesłanki wynalazku z art. 24 p.w.p. i składający się lub

³ Konwencja ONZ o różnorodności biologicznej sporządzona 5 czerwca 1992 r. na Szczycie Ziemi w Rio de Janeiro (Dz.U. 2002 nr 184 poz. 1532).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dziennik Urzędowy L 213, 30/07/1998 P. 0013 – 0021).

⁵ Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2001 nr 49 poz. 508 z późn. zm.), dalej: p.w.p.

zawierający materiał biologiczny albo sposób, za pomocą którego materiał biologiczny jest wytwarzany, przetwarzany lub wykorzystywany. Sam materiał biologiczny został natomiast zdefiniowany w sposób następujący: „materiał zawierający informację genetyczną i zdolny do samoreprodukcji albo nadający się do reprodukcji w systemie biologicznym”⁶.

W przypadku wynalazków biotechnologicznych problem stanowi szczególna właściwość materiału biologicznego, jaką jest zdolność do samoreprodukcji, która może skutkować rozmnażaniem i przeobrażeniem się zastrzeżonego wynalazku w nieco inny, który zgodnie z prawem nadal będzie podlegał ochronie. Na podstawie art. 93⁴ p.w.p. patent na wskazany materiał biologiczny obejmuje również każdy inny materiał biologiczny otrzymany z zastrzeżonego, poprzez reprodukcję w identycznej lub odmiennej formie i posiadający te same cechy charakterystyczne. Z kolei patent na sposób wytworzenia materiału biologicznego obejmuje także materiał otrzymany bezpośrednio tym sposobem oraz każdy inny materiał pochodzący z wytworzonego tym sposobem poprzez reprodukcję w tej samej lub innej formie, jeśli posiada te same cechy charakterystyczne. Wynika z tego, że ochrona materiału biologicznego jest absolutna, tzn. obejmuje swym zakresem produkt jako taki, bez względu na to, ile jego zastosowań ujawnił zgłaszający. Do uzyskania pełnej ochrony produktu wystarcza zatem wskazanie jednego tylko zastosowania. Oznacza to, że zakres ochrony patentu na materiał biologiczny jest znacznie szerszy niż w przypadku innych wynalazków.

Absolutna ochrona materiału biologicznego nie pozostaje bez znaczenia nie tylko dla odpowiedzialności cywilnoprawnej za naruszenie praw z patentu oraz praw twórcy, ale również karnoprawnej przewidzianej w przepisach karnych ustawy prawo własności przemysłowej. Zdolność do samoreprodukcji materiału biologicznego może być przyczyną wielu wątpliwości, co w rzeczywistości stanowi przedmiot ochrony objętej prawami wynikającymi z patentu oraz czy doszło do ich naruszenia. Istotne jest również, czy potencjalny naruszciciel miał świadomość znaczenia i konsekwencji podejmowanych przez siebie działań.

Należy podkreślić, że ustawa prawo własności przemysłowej przewiduje jednakową odpowiedzialność karną za naruszenie praw z patentu, niezależnie od tego jakiej dziedziny dotyczy. Zatem patenty na wynalazki biotechnologiczne są traktowane w sposób równorzędny z patentami dotyczącymi innych dziedzin nauki i techniki, a znamiona przedmiotowe i podmiotowe czynu zabronionego naruszającego te prawa podlegają takiej samej ocenie i wykładni jak w przypadku wszystkich innych przestępstw. Ze względu jednak na bardzo specyficzny i szeroki przedmiot ochrony wynalazków z branży biotechnologicznej, należy zastanowić się nad celowością dwutorowego uregulowania ochrony praw z patentu na wynalazek biotechnologiczny i możliwości dochodzenia roszczeń przez pokrzywdzonego zarówno na drodze procesu cywilnego, jak i postępowania karnego. Należy odpowiedzieć na pytanie, czy zasadne jest penalizowanie zachowań naruszających prawa z patentu na wynalazek biotechnologiczny oraz prawa twórcy. Konieczne jest również rozważenie, czy

⁶ Art. 93¹ p.w.p.

dochodzenie roszczeń w procesie cywilnym nie jest wystarczające dla ochrony praw pokrzywdzonego. Rozważenia wymaga także celowość takiej penalizacji w kontekście licznych wątpliwości co do oceny realizacji znamion strony podmiotowej czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p.

Nie należy zapominać, że w przypadku absolutnego ujęcia zakresu ochrony wynalazku biotechnologicznego i połączenia jej dodatkowo z nałożeniem sankcji karnych za naruszenie patentu oraz praw twórcy, mogłoby się okazać, iż właściwie jakiegokolwiek odkrycie opierające się na danym materiale biologicznym będzie karalne, a to z kolei zniechęci inwestorów i naukowców do pracy. Bazując na aktualnym ujęciu zakresu patentu należy podjąć rozważania dotyczące celowości ochrony karnoprawnej w kontekście wynalazków biotechnologicznych.

Mając na względzie szereg przedstawionych powyżej zagadnień, po pierwsze, trzeba przedstawić sposób funkcjonowania i charakter materiału biologicznego, następnie poddać analizie, jakie potencjalne zachowania będą karalne na gruncie ustawy prawo własności przemysłowej w stosunku do wynalazków opartych na tym materiale, a na koniec rozważyć, czy dwutorowe uregulowanie ochrony za zachowania naruszające prawa twórcy oraz prawa wynikające z przyznanej ochrony patentowej jest rozwiązaniem celowym oraz czy przepisy przewidujące odpowiedzialność karną nie stanowią jedynie martwej regulacji ustanawiającej ochronę o charakterze czysto iluzorycznym.

II. Specyfika materiału biologicznego a przedmiot i zakres wynalazku biotechnologicznego

Zasadniczą kwestią różniącą wynalazek biotechnologiczny od innych uregulowanych prawami własności przemysłowej jest jego przedmiot. Wynalazki z tej dziedziny są przedmiotem kontrowersji i dyskusji, ponieważ jako jedyne bazują na żywym materiale biologicznym. Faktycznym problemem dotyczącym odpowiedniej regulacji wynalazków biotechnologicznych jest zatem żywotność przedmiotu wynalazku, który ma zdolność do samoreprodukcji.

Samoreprodukcja materiału biologicznego jest to umiejętność rekonstrukcji i powielania samego siebie w identycznej lub zmodyfikowanej postaci, jednak zawierającej pewne charakterystyczne cechy materiału pierwotnego w mniejszym lub większym stopniu. Można to łatwo wytłumaczyć na przykładzie ludzkiej komórki. Będzie on adekwatny również w stosunku do innych organizmów, gdyż w większości są to procesy oparte na takich samych prawidłowościach. Organizm człowieka składa się z komórek eukariotycznych⁷ zawierających jądro komórkowe oddzielone otoczką jądrową od cytoplazmy, w którym znajduje się materiał genetyczny. W wyniku szeregu procesów składających się na cykl komórkowy, zachodzących kolejno

⁷ Innym typem są komórki prokariotyczne niezawierające organelli, w tym jądra komórkowego, którego rolę zastępuje nukleoid z materiałem genetycznym. Przykładem komórki prokariotycznej są komórki bakterii, które również, przez zdolność samoreprodukcji, mogą być przedmiotowym materiałem biologicznym.

etapami, dochodzi do podziału mitotycznego komórki, w wyniku którego z jednej komórki diploidalnej⁸ powstaje kolejna, identyczna komórka diploidalna mieszcząca ten sam zestaw genów, co pierwotna komórka. Taki proces jest cyklicznie powtarzalny i skutkuje namnażaniem się komórek. Na przykład w przypadku zranienia się właśnie w ten sposób następuje regeneracja uszkodzonej części ciała. Niektóre komórki mają zdolność do nieskończonej ilości podziałów mitotycznych, przez co uważane są za nieśmiertelne⁹. Zdolność do samoreprodukcji wiąże się z prowadzeniem badań na materiale biologicznym, poddawaniu go działaniu różnego rodzaju czynników zewnętrznych i modyfikacjom w celu analizy jego właściwości, reakcji i funkcji. Takim eksperymentom poddawane są liczne linie komórkowe wyselekcjonowane z organizmu wielokomórkowego, będące przedmiotem patentów zwłaszcza w Stanach Zjednoczonych. Nie bez znaczenia pozostaje również inżynieria genetyczna, która bezpośrednio ingeruje w kod genetyczny w celu zmiany właściwości cech dziedzicznych. Specyficzność materiału biologicznego poskutkowała problemem w stwierdzeniu co jest przedmiotem wynalazku biotechnologicznego – produkt *per se*, czy też sposób jego wykorzystania dla konkretnych celów.

Częstym przedmiotem wynalazków są zdecydowanie mniejsze materiały biologiczne niż komórki, takie jak sekwencja wyizolowanego DNA, a nawet samo jedno białko, czy też gen. Na podstawie aktualnych regulacji patentem objęty jest nie tylko zarejestrowany produkt stanowiący materiał biologiczny, ale także każdy inny materiał biologiczny powstały przez reprodukcję z pierwotnego, jeśli posiada te same cechy charakterystyczne, które zostały ujęte w zastrzeżeniu patentowym. Należy podkreślić, iż ochroną objęte są kolejne pochodne, niezależnie od modyfikacji zmieniających ich formę. Elementem warunkującym tutaj jest możliwość przypisania pochodnym identycznych cech charakterystycznych¹⁰. Idąc za przykładem K. Szczepanowskiej-Kozłowskiej, odporność bakterii na konkretny antybiotyk oraz wytwarzanie przez nią danych protein ujawnione przy zgłoszeniu patentowym są jej cechami charakterystycznymi i jeśli inne cechy zostaną odkryte później, nie zostaną objęte ochroną na podstawie pierwotnego zgłoszenia¹¹. Z drugiej jednak strony przyjęcie poglądu, iż ochronie patentowej podlega produkt *per se* będzie oznaczać ochronę absolutną niezależnie od ilości ujawnionych przez zgłaszającego zastosowań¹². Tutaj pojawia się również problem jak rozumieć cechy charakterystyczne materiału biologicznego, jako odnoszące się *stricte* do produktu, czy też do jego funkcji i zastosowań. Łatwo zauważyć, że poglądy odnośnie wynalazków biotechnologicznych, choć na pozór mogą wydawać się spójne, różnią się w szczegółach, które mają olbrzymie znaczenie dla

⁸ Komórki diploidalne to takie, które zawierają podwójny zestaw genów.

⁹ Np. linia komórek nowotworowych HeLa.

¹⁰ Zob.: A. Żebrowska-Kucharczyk, M. Targowska [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa 2016, s. 274–275.

¹¹ Zob.: K. Szczepanowska-Kozłowska, *Prawo patentowe w Unii Europejskiej – wynalazki biotechnologiczne*, PPH 12/2004, s. 25, wraz z literaturą tam wskazaną.

¹² Zob.: A. Twardowska [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2014, s. 627–628.

prawidłowego funkcjonowania systemu ochrony wynalazków biotechnologicznych zarówno w sferze cywilnoprawnej, jak i karnoprawnej. Wynika to z niejednolitego stanowiska w zakresie wykładni przepisów dyrektywy 44/98 oraz polskiej ustawy regulującej prawo własności przemysłowej, od której w głównej mierze zależy dalsza interpretacja cech charakterystycznych przedmiotu wynalazku biotechnologicznego oraz zakresu jego ochrony¹³.

Na gruncie prawa cywilnego aktualna jest tendencja do zawężania ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych jedynie do konkretnie ujawnionych funkcji i zastosowań¹⁴. W doktrynie polskiej część głosów zdecydowanie opowiada się za takim zawężeniem zakresu ze względu na fakt, iż biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu wynalazku biotechnologicznego, ochrona absolutna jest stanowczo zbyt obszerna i skutkuje niepewnością co do tego, jakie potencjalne pochodne produkty stanowią również przedmiot ochrony. Udzielanie absolutnej ochrony na wynalazek biotechnologiczny przy zgłoszeniu tylko jednego zastrzeżenia patentowego wydaje się być nie do końca sprawiedliwe i może negatywnie tamować rozwój badań w tym przedmiocie. Regulacje *de lege lata* sprzyjają monopolizacji wynalazków biotechnologicznych oraz faworyzują poniekąd największe firmy reprezentujące branżę biotechnologiczną poprzez ułatwienia w uzyskiwaniu ochrony patentowej. Wystarczy zastrzeżenie najprostszego wynalazku po to, aby zarezerwować sobie dany materiał biologiczny i uniemożliwić innym podmiotom jego dalsze badania oraz wykorzystanie. Podjęcie takich działań dla wielomiliardowych firm jest bardzo wygodne i opłacalne ze względu na posiadane przez nie zasoby finansowe oraz możliwość uzyskania ochrony patentowej oraz wykreowanie pozycji monopolisty stosunkowo niewielkim kosztem.

Poparcie dla wąskiego ujęcia zakresu ochrony patentowej na wynalazki biotechnologiczne wyraził między innymi M. du Vall¹⁵. Wskazał on, że celowe jest ograniczenie ochrony do tego, co ujawnił zgłaszający. Wówczas ochrona mogłaby się ograniczyć do jednej funkcji i jednego zastosowania, o ile takie właśnie były zawarte w zgłoszeniu. Jako argument wskazał, że w istocie to co jest w tej dziedzinie twórcze to ustalenie funkcji DNA oraz wskazanie jego przemysłowego zastosowania. Skoro sama sekwencja genu nie podlega opatentowaniu, to ochroną patentową nie powinny być objęte funkcje nieznanne w chwili zgłoszenia.

Przeciwnicy jakiegokolwiek ograniczania zakresu patentu na wynalazek biotechnologiczny powołują się na ogólne reguły prawa patentowego, z których wynika, iż produkt będący przedmiotem wynalazku jest objęty ochroną absolutną¹⁶. Nie można przy tym pomijać, że brak jest podstaw prawnych dla dywersyfikacji zakresu ochrony odnośnie wynalazków pochodzących z różnych dziedzin ze względu na brzmienie

¹³ Zob.: H. Żakowska-Henzler, *Wynalazek biotechnologiczny przedmiot patentu*, Warszawa 2006, s. 125 i nast.

¹⁴ Zob.: A. Twardowska [w:] *Prawo własności...*, s. 627–628.

¹⁵ Zob.: M. du Vall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 382–390.

¹⁶ Zob.: H. Żakowska-Henzler, *Wynalazek...*, s. 128.

art. 24 p.w.p., z którego wprost wynika jednakowa treść patentu dla wszystkich dziedzin techniki¹⁷.

Rozwiązaniem godnym zainteresowania jest

propozycja, by wśród wynalazków dotyczących produktów naturalnych *per se*, a przede wszystkim sekwencji DNA, wyróżnić dwie grupy. W myśl tego poglądu patenty skutkujące ochroną absolutną winny być udzielane w tych tylko, wyjątkowych na gruncie obecnego stanu wiedzy i umiejętności, przypadkach, gdy identyfikacja danej sekwencji DNA lub jej izolacja wymagały rzeczywiście działalności wynalazczej¹⁸.

Powyższe ukazuje szereg trudności, jakie wynikają z absolutnej ochrony materiału biologicznego. To wszystko przekłada się na liczne wątpliwości co do tego co w rzeczywistości stanowi przedmiot ochrony objętej prawami wynikającymi z patentu oraz czy doszło do ich naruszenia nie tylko na poziomie prawa cywilnego, ale również na poziomie prawa karnego, co będzie przedmiotem szczegółowych refleksji w dalszej części wywodu. Należy przy tym wspomnieć, że nie sposób zagwarantować skutecznej, a przy tym adekwatnej ochrony, która tak naprawdę jest następczą kwestią uzyskania patentu, ujawniającą się dopiero na etapie korzystania z prawa, jeśli prawo zawodzi już na wcześniejszych etapach, a w zasadzie już na początku przy ustaleniu przedmiotu patentu. Zasygnalizowane problemy i próby ich rozwiązania *de lege ferenda* są bardzo istotne z perspektywy ochrony karnoprawnej. Dalsze rozważania zostały jednak podjęte w oparciu o aktualne regulacje i to na nich będą bazować.

III. Karnoprawna ochrona wynalazku biotechnologicznego

Absolutna ochrona wynalazku biotechnologicznego oraz postulaty dotyczące węższego wyznaczenia zakresu ochrony tychże wynalazków¹⁹, jak już wspomniano, mają znaczenie nie tylko na płaszczyźnie cywilnoprawnej, ale również karnoprawnej. Należy pamiętać, że uprawnienia wynikające z patentu oraz autorstwa wynalazku podlegają zarówno ochronie z punktu widzenia prawa cywilnego, jak i prawa karnego. Wyrazem tej ostatniej są przepisy karne znajdujące się w rozdziale IV ustawy prawo własności przemysłowej (art. 303–310 p.w.p.).

Z punktu widzenia ochrony interesów praw twórcy wynalazku biotechnologicznego oraz uprawnionego z patentu na ten wynalazek, kluczowe znaczenie ma art. 303 ust. 1 p.w.p., zgodnie z którym „kto przypisuje sobie autorstwo, albo wprowadza w błąd inną osobę co do autorstwa cudzego projektu wynalazczego albo w inny sposób narusza prawa twórcy projektu wynalazczego, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności, albo pozbawienia wolności do roku”. Cytowany przepis stanowi ochronę dóbr o charakterze materialnym oraz niematerialnym. Poza naruszeniem „prawa do ojcostwa” projektu wynalazczego (prawo niemajątkowe), art. 303 ust. 1 p.w.p. penalizuje także

¹⁷ Zob.: M. du Vall, *Prawo patentowe...*, s. 384.

¹⁸ Zob.: H. Żakowska-Henzler, *Wynalazek...*, s. 128.

¹⁹ Zob.: M. du Vall, *Prawo patentowe...*, s. 360–366.

inne sposoby naruszenia praw twórcy projektu oraz uprawnionego z patentu dotyczące sfery ich interesów majątkowych (ochrona praw majątkowych).

Oceniając, czy doszło do realizacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p., należy zdefiniować prawa podlegające ochronie na gruncie omawianego przepisu. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że chodzi tu o prawa określone w art. 8 ust. 1 i 2 p.w.p.²⁰ Zgodnie z art. 8 p.w.p. twórcy wynalazku, wzoru użytkowego, wzoru przemysłowego oraz topografii układu scalonego przysługuje prawo uzyskania patentu, prawa ochronnego albo prawa z rejestracji, wynagrodzenia, wymienia go jako twórcy w opisach, rejestrach oraz w innych dokumentach i publikacjach. Twórcy projektu racjonalizatorskiego, przyjętego przez przedsiębiorcę do wykorzystania, przysługuje prawo do wynagrodzenia określonego w regulaminie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 p.w.p., a także prawo do bycia wskazanym jako twórca projektu. Wszelkie zachowania naruszające te prawa stanowią realizację znamion przestępstwa z art. 303 p.w.p.

Przez inne naruszenie praw twórcy projektu wynalazczego należy rozumieć takie zachowania, które naruszają prawa powstałe w wyniku przyznania ochrony patentowej. Przede wszystkim chodzi tu o prawa wynikające z art. 66 p.w.p., który określa uprawnienia zakazowe uprawnionego do wykorzystywania wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy polegający na wytwarzaniu, używaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu lub importowaniu dla tych celów produktu będącego przedmiotem wynalazku lub stosowaniu sposobu będącego przedmiotem wynalazku, jak też używaniu, oferowaniu, wprowadzaniu do obrotu lub importowaniu dla tych celów produktów otrzymanych bezpośrednio takim sposobem.

Przestępstwo określone w art. 303 p.w.p. należy do przestępstw wieloodmianowych co oznacza, że znamiona tego typu czynu zabronionego można zrealizować poprzez dokonanie kilku czynności wykonawczych, a realizacja każdej z nich powoduje, że przestępstwo zostało dokonane. Typ czynu zabronionego, opisany w art. 303 p.w.p., ma charakter umyślny, co oznacza, że sprawca musi mieć świadomość realizacji znamion typu czynu zabronionego oraz chcieć albo co najmniej godzić się na popełnienie czynu zabronionego, czyli mieć zamiar jego popełnienia. W literaturze wskazuje się, że znamie „przypisywania sobie autorstwa” może zostać zrealizowane tylko z zamiarem bezpośrednim, natomiast pozostałe znamiona czynności wykonawczych mogą być zrealizowane również z zamiarem ewentualnym²¹.

Zdolność do samoreplikacji materiału biologicznego może być przyczyną wielu wątpliwości co do tego co w rzeczywistości stanowi przedmiot ochrony objętej prawami wynikającymi z patentu. Wobec wątpliwości co do przedmiotu ochrony patentowej mogą pojawić się również wątpliwości w zakresie realizacji znamion określających czynności sprawcze ujęte w art. 303 p.w.p. Niepewność ta dotyczy nie tylko wypełnienia znamion przedmiotowych tego typu czynu zabronionego, ale

²⁰ Zob.: P. Kostański [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, red. P. Kostański, Warszawa 2014, komentarz do art. 303, Nb. 16, Legalis/el.

²¹ Zob.: P. Kostański [w:] *Prawo własności przemysłowej. Komentarz...*, komentarz do art. 303, Nb. 20, Legalis/el.

również podmiotowych. Ze względu na to, że przestępstwo opisane w art. 303 p.w.p. może być popełnione tylko umyślnie, sprawca musi działać z zamiarem jego popełnienia. Aby można było mówić, że sprawca działał z zamiarem, musi on wyobrażać sobie cel, który ma zostać zrealizowany na skutek podjętego zachowania (strona intelektualna zamiaru) oraz rozpocząć starania ukierunkowane na realizację tego celu (strona woluntatywna)²².

Strona intelektualna zamiaru pozwala sprawcy na rozpoznanie znaczenia czynu oraz pokierowanie swoim postępowaniem. Z aspektem strony intelektualnej tradycyjnie łączone jest pojęcie świadomości, czyli zaktualizowanej wiedzy sprawcy i jego wyobrażenia o świecie zewnętrznym i układzie zdarzeń. W przypadku umyślnej realizacji znamion typu czynu zabronionego wyróżnia się dwa stany świadomości. Jest to świadomość konieczności oraz świadomość możliwości realizacji znamion. Świadomość konieczności oznacza, że sprawca podejmując określone działanie wie, że spowoduje ono określoną zmianę w rzeczywistości, która ma charakter nieuchronny. Świadomość konieczności implikuje zamiar bezpośredni działania sprawcy, które w takiej sytuacji jest działaniem celowym i ukierunkowanym na konkretny skutek. Z kolei świadomość możliwości oznacza, że sprawca ma świadomość, że podjęcie przez niego określonych działań może, ale nie musi, spowodować określoną zmianę w rzeczywistości. Świadomość możliwości nie determinuje rodzaju zamiaru sprawcy, może on działać zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym²³.

Brak realizacji znamion strony podmiotowej na płaszczyźnie intelektualnej przesądza, że nie zostanie zrealizowany jej aspekt woluntatywny. Nie sposób bowiem sobie wyobrazić, że sprawca chce czegoś albo godzi się na coś, jeśli nie ma świadomości spełnienia znamion przedmiotowych czynności wykonawczej danego typu. Ta natomiast może być wątpliwa właśnie w przypadku realizacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. w zakresie dotyczącym wynalazku biotechnologicznego.

Materiały biotechnologiczne posiadające zdolność do samoreprodukcji charakteryzują się szczególnym atrybutem życia. Samoreprodukcja i związana z nią dziedziczność może urzeczywistniać się w sukcesji wszystkich cech komórki macierzystej, albo tylko niektórych. Wobec tego, komórki powstałe w wyniku reprodukcji mogą zasadniczo różnić się od tych, z których zostały wydzielone. Mogą one powielać również wszystkie, albo tylko niektóre cechy charakterystyczne materiału pierwotnego. Dlatego też w literaturze przedmiotu podkreśla się, że przy ocenie, czy doszło do naruszenia praw z patentu na materiał biologiczny (podobnie w przypadku patentu na sposób) należy ustalić, czy dana forma powiela cechy charakterystyczne materiału objętego ochroną patentową, które były powodem przyznania ochrony²⁴. Powstała forma może jednak w mniejszym lub większym stopniu odzwierciedlać te cechy charakterystyczne, a to powoduje, że nie ma pewności, czy dany materiał jest objęty ochroną patentową, czy też nie. Wobec tego, wykorzystanie powstałej formy w sposób

²² Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I*, red. A. Zoll, W. Wróbel, Warszawa 2016, komentarz do art. 9, teza 5, LEX/el.

²³ Zob.: A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 209.

²⁴ Por.: K. Szczepanowska-Kozłowska, *Prawo patentowe...*, s. 25.

zawodowy lub zarobkowy, albo też przypisanie sobie autorstwa do uzyskanego materiału biologicznego, może obiektywnie stanowić naruszenie praw twórcy, albo uprawnienia wynikające z przyznanej ochrony patentowej. Naruszenie tych praw nie zawsze będzie jednak wynikać z działań, którym można przypisać przymiot świadomości ich rzeczywistego znaczenia. Sprawca niekoniecznie będzie zdawał sobie sprawę z tego, że podjęte przez niego zachowanie spowoduje naruszenie praw przysługujących innemu podmiotowi. Brak świadomości naruszenia prawa twórcy do „ojcostwa” wynalazku, albo uprawnionego z patentu do wykorzystywania wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy implikuje, że znamiona strony podmiotowej przestępstwa opisanego w art. 303 p.w.p. nie zostaną zrealizowane. To natomiast powoduje, że wobec braku ustawowego określenia odpowiedniego typu czynu zabronionego definiującego stronę podmiotową w postaci nieumyślności, gdzie dla realizacji znamion typu nie jest konieczna świadomość konieczności lub możliwości dokonania czynności sprawczej, a wystarcza jedynie postrzegalna obiektywnie możliwość świadomości popełnienia przestępstwa²⁵, podmiot naruszający prawo do autorstwa wynalazku albo uprawnienia wynikające z patentu, wobec braku realizacji znamion strony podmiotowej czynu opisanego w art. 303 p.w.p., nie popełni przestępstwa. Podkreślenia wymaga, że dla popełnienia przestępstwa opisanego w art. 303 p.w.p. poprzez dokonanie czynności wykonawczej w postaci przypisania sobie autorstwa do projektu wynalazczego, konieczne jest wystąpienie po stronie sprawcy świadomości konieczności realizacji znamion przestępstwa. Oznacza to, że musi on być pewny tego, że podjęte działania stanowią przypisanie sobie autorstwa do cudzego wynalazku. Trudności z ustaleniem tego, czy uzyskany materiał powiela wszystkie cechy charakterystyczne materiału pierwotnego co do zasady w większości przypadków będą skutkować tym, że świadomość konieczności naruszenia praw twórcy zostanie wykluczona, a to z kolei implikuje brak realizacji znamion strony podmiotowej przestępstwa z art. 303 p.w.p. oraz wykluczenie karalności sprawcy.

W przypadku pozostałych czynności wykonawczych, opisanych w art. 303 p.w.p., dla realizacji znamion typu wystarczająca jest świadomość możliwości, gdyż sprawca może działać zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym. W tym przypadku stopień prawdopodobieństwa realizacji znamion typu musi odbić się w świadomości sprawcy jedynie jako możliwy, acz niekonieczny. Sprawca nie musi nawet chcieć naruszenia praw wynikających z patentu. Wystarczający jest uświadomiony przez sprawcę wysoki stopień prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego oraz brak działań ze strony sprawcy, które zmniejszyłyby ów stopień²⁶. Sprawca musi mieć świadomość tego, że wykorzystywany przez niego w sposób zawodowy albo zarobkowy materiał biologiczny może być chroniony patentem, do którego prawa przysługują innemu podmiotowi, a także zaniechać działań w kierunku zminimalizowania stopnia prawdopodobieństwa naruszenia tych praw (np. przez

²⁵ Zob.: A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne...*, s. 219.

²⁶ Przyjęta w polskiej doktrynie prawa karnego teoria prawdopodobieństwa połączona z teorią obiektywnej manifestacji. Zob. A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne...*, s. 215; A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I...*, komentarz do art. 9, teza 21, LEX/el.

sprawdzenie odpowiednich rejestrów, ewentualnie próbę wyjednanie zgody uprawnionego na korzystanie z wynalazku w postaci udzielonej licencji). Wynika z tego, że sprawca nie musi mieć pewności, że jego zachowanie narusza cudze uprawnienia. W takim układzie spełnienie znamion strony podmiotowej czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. jest bardziej prawdopodobne w przypadku wszystkich innych czynności wykonawczych opisanych w tym przepisie, niż w sytuacji naruszenia praw twórcy do autorstwa. Przy spełnieniu znamion przedmiotowych oraz znamion strony podmiotowej przestępstwa, choćby w postaci świadomości możliwości jego popełnienia oraz godzenia się na to (zamiar ewentualny), sprawca swoim zachowaniem zrealizuje znamiona przestępstwa, co otwiera drogę do pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Należy jednak pamiętać, że dla uznania danej osoby za winną popełnienia przestępstwa i wymierzenia jej kary za jego popełnienie, wina sprawcy musi zostać udowodniona²⁷. Przestępstwo opisane w art. 303 p.w.p. co prawda jest ścigane z oskarżenia publicznego na wniosek złożony przez pokrzywdzonego²⁸, co powinno sprzyjać sprawności postępowania, to jednak udowodnienie sprawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p., w sposób który usunie wszelkie wątpliwości przemawiające na korzyść sprawcy, może być wyjątkowo trudne. Wynika to przede wszystkim z charakteru materiału biologicznego oraz braku pewności co do rzeczywistego przedmiotu ochrony patentowej, a także wynikających z tego trudności z wykazaniem świadomości sprawcy. W tym miejscu należy poczynić uwagę, że świadomości nie można utożsamiać z wiedzą. Nawet jeśli sprawca miał dostęp do źródeł informacji, z których wynika, że materiał biologiczny jest już objęty ochroną patentową i z tymi źródłami się zapoznał, czyli wiedział o objęciu ochroną, to nie znaczy, że miał choćby świadomość możliwości naruszenia praw wynikających z patentu. Świadomość jest zaktualizowaną wiedzą i powinna być oceniana stosownie do czasu i warunków, w jakich działał sprawca. Należy uwzględniać również takie czynniki jak stres, sprawność intelektualna, czy upływ czasu. Nawet jeśli sprawca wiedział w przeszłości, że obecnie wykorzystywany przez niego wynalazek jest chroniony, ale o tym zapomniał, to nie jest zrealizowany aspekt strony intelektualnej zamiaru²⁹, a wobec tego nie dochodzi do popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. Dlatego też, ewentualne postępowanie w przedmiocie egzekwowania odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa z art. 303 p.w.p. może być wyjątkowo trudne ze względów dowodowych. Oskarżyciel może mieć problemy z wykazaniem, że sprawca działał ze świadomością naruszenia cudzych uprawnień. Jeśli nie zostanie to bezspornie udowodnione, to zgodnie z zasadą rozstrzygania wszelkich wątpliwości na korzyść oskarżonego³⁰, naruszyciel nie będzie mógł zostać pociągnięty od odpowiedzialności karnej.

Problemy z ustaleniem stanu świadomości sprawcy wynikają w szczególności z charakteru wynalazku biotechnologicznego. Nie pozostaje bez znaczenia to, że jedno

²⁷ Zob. art. 5 § 1 k.p.k.

²⁸ Zob. art. 310 p.w.p. oraz art. 12 § 1 k.p.k.

²⁹ Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 9, teza 10, LEX/el.

³⁰ Zob.: art. 5 § 2 k.p.k.

zastrzeżenie patentowe daje uprawnionemu monopol na cały produkt jako taki, bez względu na ilość zastosowań i funkcji ujawnionych przez zgłaszającego. Ochrona patentowa obejmuje również funkcje ujawnione dopiero po dacie zgłoszenia³¹. Tak szerokie ujęcie ochrony patentowej na wynalazek biotechnologiczny oraz konieczność interpretacji znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. w kontekście art. 8 ust. 1 i 2 p.w.p. oraz art. 66 p.w.p., a także trudności z ustaleniem, czy materiał uzyskany w wyniku reprodukcji odzwierciedla wszystkie cechy charakterystyczne materiału macierzystego powoduje, że przedmiot praw wynikających z patentu niełatwo określić, co w większości przypadków stanowi wystarczający powód do uznania, że naruszciciel nie działał ze świadomością, a tym bardziej zamiarem ingerencji w sferę cudzych uprawnień. Przesądza to o braku popełnienia czynu zabronionego przez potencjalnego naruszciciela, czyniąc jednocześnie ochronę karnoprawną w tym zakresie iluzoryczną oraz pozbawioną praktycznego sensu.

Przyjęcie, że ze względu na brak świadomości podmiot dokonujący naruszenia patentu na wynalazek biotechnologiczny albo praw twórcy wynalazku biotechnologicznego działa nieumyślnie, powoduje konieczność rozważenia różnych stanów psychicznych i emocjonalnych naruszciciela będących konsekwencją braku świadomości co do podejmowanych działań. Wynika to z tego, że nieumyślność nie jest prostym zaprzeczeniem umyślności. Zawsze jest ona wynikiem istniejącego po stronie sprawcy błędu co do znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego³². Błąd należy rozumieć jako różnicę pomiędzy wyobrażeniem o rzeczywistości wytworzonym za pomocą procesów umysłowych, a rzeczywistym stanem rzeczy. W polskim kodeksie karnym zostały wyróżnione trzy rodzaje błędów mających znaczenie dla odpowiedzialności karnej. Są to błąd co do okoliczności stanowiących znamię czynu zabronionego (art. 28 k.k.), błąd co do okoliczności wyłączających bezprawność albo winę (art. 29 k.k.) oraz błąd co do bezprawności zachowania (art. 30 k.k.).

Wystąpienie po stronie sprawcy błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu podstawowego (art. 303 ust. 1 p.w.p.) dekompletuje stronę podmiotową umyślnego czynu zabronionego. Jeśli błąd ten jest usprawiedliwiony, wyłącza winę. Błąd co do znamion polega na niezgodności pomiędzy rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości sprawcy³³. Może on wystąpić w dwóch postaciach – nieświadomości znamienia pozytywnego albo urojenia znamienia negatywnego³⁴. Wówczas wyłączona jest umyślność działania sprawcy, a w braku odpowiedniego typu cechującego się nieumyślnością, wykluczona jest odpowiedzialność karna sprawcy. W przypadku błędu co do okoliczności stanowiącej znamię kwalifikujące czyn zabroniony o charakterze statycznym (art. 303 ust. 2 p.w.p.), brak świadomości tej okoliczności (znamię pozytywne) lub jej urojenie (znamię negatywne) wyklucza możliwość przypisania sprawcy popełnienia czynu zabronionego typu kwalifikowanego. Wystąpienie błędu co do znamienia kwalifikującego wyłącza możliwość stwierdzenia zamiaru

³¹ Zob.: M. du Vall, *Prawo patentowe...*, s. 360–366.

³² Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 9, teza 31 i 32, LEX/el.

³³ Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 28, teza 1, LEX/el.

³⁴ Por.: wyrok SA w Warszawie z dnia 11 marca 2013 r., II AKa 61/13.

popęlnienia czynu zabronionego objętego także tym znamieniem. Wobec tego brak jest możliwości przyjęcia umyślnego popełnienia czynu zabronionego typu kwalifikowanego. Ze względu na to, że art. 9 § 3 k.k. odnosi się tylko i wyłącznie do znamion dynamicznych, sprawca może odpowiadać tylko za popełnienie typu podstawowego³⁵.

Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia art. 28 § 1 k.k. obojętny jest rodzaj błędu co do okoliczności, które zgodnie z art. 9 § 1 k.k. prowadziłyby do wyłączenia umyślności popełnienia czynu zabronionego. Okolicznościami tymi mogą być te dotyczące samego dobra, reguł postępowania z dobrem, podmiotu czynu zabronionego, wystąpienia skutku (przy przestępstwach materialnych), przedmiotu czynności wykonawczej albo okoliczności modalnej czynu³⁶. Sprawca nie może wówczas w ogóle ponosić odpowiedzialności za umyślne przestępstwo.

W przypadku przestępstwa opisanego w art. 303 p.w.p. bez wątpienia może wystąpić stan psychiczny sprawcy polegający na błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego. Może to być na przykład błąd polegający na nieświadomości autorstwa innej osoby, która jest twórcą takiego samego lub podobnego, ale zawierającego te same cechy charakterystyczne, wynalazku biotechnologicznego (twórczość równoległa). Wówczas sprawca, który działa w usprawiedliwionym³⁷ błędnym przekonaniu, że jest on jedynym twórcą projektu o danych właściwościach (występuje rozbieżność pomiędzy stanem jego świadomości, a wycinkiem rzeczywistości), przypisuje sobie autorstwo takiego projektu, to chociaż realizuje znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego, to nie wypełnia znamion strony podmiotowej, a więc w braku odpowiedniego typu o charakterze nieumyślnym, nie popełnia przestępstwa. Wystąpienie takiego stanu faktycznego jest bardzo prawdopodobne. Wynika to przede wszystkim ze zdolności materiałów biologicznych do samoreplikacji. Materiał pochodny może w znacznym stopniu różnić się do materiału macierzystego, jednak zawierać cechy charakterystyczne, które stanowiły przyczynę do objęcia materiału ochroną patentową. Wówczas ustalenie autorstwa innego podmiotu, a także świadomość ewentualnego naruszenia jego „prawa do ojcostwa” wynalazku, może być niezwykle trudne, żeby nie stwierdzić, że w niektórych wypadkach wręcz niemożliwe. Dlatego sprawca działający w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o przysługiwaniu mu praw twórcy projektu nie zrealizuje znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 ust. 1 p.w.p., a jego zachowanie pozostanie poza zasięgiem odpowiedzialności karnej.

Wymaga także rozważenia możliwość wystąpienia po stronie sprawcy typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. błędu co do bezprawności (błąd co do oceny prawnej czynu) oraz błędu co do okoliczności wyłączających bezprawność albo winę (błąd co do kontratypu). Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której działanie sprawcy obiektywnie narusza prawa twórcy projektu wynalazczego, albo uprawnionego

³⁵ Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 28, teza 17, LEX/el.

³⁶ Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 28, teza 9, LEX/el.; por.: wyrok SN z dnia 28 czerwca 1989 r., WRN 13/89.

³⁷ Błąd jest usprawiedliwiony, jeśli modelowy obywatel o cechach sprawcy także by go popełnił (kryterium obiektywne – subiektywne).

z patentu, ale sprawca ten działał w przekonaniu, że jego zachowanie jest dozwolone przez prawo (art. 69³⁸, 71³⁹, 75⁴⁰ oraz 93⁵ ust. 2 p.w.p.⁴¹), a przekonanie to należy uznać w danych okolicznościach za usprawiedliwione. Po stronie sprawcy może wystąpić deficyt wiedzy dotyczący braku uprawnień do korzystania z wynalazku, przy jednoczesnym urojeniu, że działa on w granicach dozwolonego użytku albo też korzysta z uprawnień przysługujących użytkownikowi uprzedniemu lub następczemu lub też w granicach tzw. odstępstwa rolnego. Jeśli taki błąd byłby usprawiedliwiony pojawia się pytanie, czy dochodzi do wyłączenia odpowiedzialności karnej, a jeśli tak, to na jakiej podstawie. Należy zbadać dwie możliwości – błąd co do oceny prawnej czynu oraz błąd co do kontratypu.

Rozważając możliwość uznania, że sprawca typu czynu zabronionego opisanego w art. 303 p.w.p. działał w błędzie co do kontratypu, konieczne jest omówienie problemu określoności kontratypów oraz występowania tzw. kontratypów pozaustawowych. Doktryna i orzecznictwo wykształciły w tym zakresie dwa ścierające się stanowiska. Zgodnie z pierwszym z nich nie jest dopuszczalne tworzenie kontratypów pozaustawowych, a katalog okoliczności wyłączających bezprawność albo winę ma charakter zamknięty. Kontratypy te są opisane w kodeksie karnym (art. 25 § 1 k.k., art. 26 § 1 k.k., 27 k.k., 213 § 2 k.k.) oraz innych ustawach, np. kodeksie cywilnym (art. 342 § 2 k.c.) oraz ustawie z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza oraz lekarza dentysty⁴². Zwolennicy tego poglądu podkreślają, że wykluczenie możliwości tworzenia kontratypów pozaustawowych co prawda mogłoby łączyć się z zasadą *nullum crimen sine lege*, która ma chronić przed samowolnym ze strony władzy pociągnięciem do odpowiedzialności karnej, to w rzeczywistości wynika ona z konstytucyjnej zasady trójpodziału

³⁸ Przepis reguluje przypadki dozwolonego dla osób trzecich korzystania z opatentowanego wynalazku. Są to tzw. przywilej komunikacyjny, badawczy, rejestracyjny (wyjątek Bolara), farmerski, a także korzystanie z wynalazku dla celów państwowych, korzystanie z wynalazku w celu wytworzenia leku recepturowego.

³⁹ Przepis reguluje uprawnienia tzw. użytkownika uprzedniego, czyli osoby, która w dobrej wierze na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w chwili stanowiącej o pierwszeństwie do uzyskania patentu, może z niego bezpłatnie nadal korzystać w swoim przedsiębiorstwie, w zakresie, w jakim dotychczas korzystała. Prawo to przysługuje również temu, kto w tej samej chwili przygotował już wszystkie istotne urządzenia potrzebne do korzystania z wynalazku.

⁴⁰ Przepis reguluje uprawnienia tzw. użytkownika następczego, czyli osoby, która w dobrej wierze uzyskała albo nabyła patent, przeniesiony następnie na podstawie art. 74 p.w.p. na rzecz osoby uprawnionej albo uzyskała w dobrej wierze licencję, a korzystała z wynalazku co najmniej przez rok przed wszczęciem postępowania o przeniesienie patentu lub w tym okresie przygotowała wszystkie istotne urządzenia potrzebne do korzystania z wynalazku, może z tego wynalazku korzystać w swoim przedsiębiorstwie w zakresie, w jakim z niego korzystała w chwili wszczęcia tego postępowania, z zastrzeżeniem obowiązku uiszczenia uprawnionemu ustalonego wynagrodzenia.

⁴¹ Tzw. odstępstwo rolne lub przywilej rolniczy polegający na tym, że osoba, która nabyła lub w inny sposób uzyskała od uprawnionego z patentu lub za jego zgodą chroniony patentem materiał roślinny do wykorzystania w działalności rolniczej, upoważniona jest do jego wykorzystywania dla wielokrotnej reprodukcji w ramach własnego gospodarstwa rolnego, z uwzględnieniem takich samych ograniczeń, jakie są przewidziane dla korzystania, bez zgody hodowcy, z materiału siewnego odmiany rośliny chronionej, na podstawie przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 2003 r. o ochronie prawnej odmian roślin (Dz.U. nr 137 poz. 1300 z późn. zm.).

⁴² Zob.: A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne...*, s. 345.

władzy (art. 10 Konstytucji RP). Uznanie, że sprawca działający w określonych okolicznościach i realizujący znamiona typu czynu zabronionego, zarówno te o charakterze przedmiotowym, jak i podmiotowym, działał w ramach kontratypu, pomimo tego, że ustawodawca nie przewidział takiego rodzaju okoliczności wyłączającej winę lub bezprawność, stanowiłoby niedopuszczalne wkroczenie przez władzę sądowniczą w obszar zastrzeżony konstytucyjnie dla władzy ustawodawczej. Ponadto, stwierdzenie w takich okolicznościach, iż sprawca działał w ramach kontratypu ogranicza prawo osoby pokrzywdzonej do dochodzenia swoich roszczeń, a także wyklucza uznanie zastosowanej przez nią obrony za obronę konieczną⁴³.

Zgodnie z drugim poglądem, dominującym w orzecznictwie i aprobowanym przez Sąd Najwyższy, w państwie prawa istnieją kontratypy, których znamiona zostały ustalone w drodze praktyki wymiaru sprawiedliwości lub zostały sformułowane w drodze koncepcji doktrynalnych w nauce prawa karnego. Zasada *nullum crimen sine lege poenali* zakazuje tylko uznać za czyn zabroniony taki czyn, który nie wykazuje ustawowych znamion czynu zabronionego, z czego nie wynika, aby ustawa musiała określać te okoliczności, które spełniają tę samą funkcję co ustawowe kontratypy⁴⁴. Jak wskazał W. Wolter, to, czego z pola zachowań podpadających pod rodzajowy opis czynu zabronionego podany w przepisie typizującym, ale niebezprawnych, nie pokrywają zakresy kontratypów ustawowych, muszą pokrywać zakresy kontratypów pozaustawowych⁴⁵. Wynika z tego, że istnieje szereg zachowań, które zgodnie z przepisami ustawy należałoby uznać za czyny zabronione pod groźbą kary, jednak ze względu na swój atypowy charakter i niski ładunek wynikającej z nich bezprawności, należy uznać za wyłączone spod oceny karnoprawnej.

Rację jednak należy przyznać pierwszemu z prezentowanych poglądów. Wynika to przede wszystkim z konieczności poszanowania konstytucyjnej zasady trójpodziału władzy, która pozostaje w nierozdzielalnym związku z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz zasadą praworządności. Na uwagę zasługuje również, że autorzy wyróżniający kontratypy pozaustawowe przeważnie kwalifikują je jako pozaustawową okoliczność wyłączającą bezprawność albo winę, z drugiej strony nieustannie podkreślają,

⁴³ *Ibidem*, s. 346.

⁴⁴ Zob.: postanowienie SN z dnia 7 stycznia 2008 r., V KK 158/2007; zob. także postanowienie SN z dnia 9 lipca 2013 r., II KK 152/13; wyrok SN z dnia 15 września 2016 r., II KK 95/16; wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10.

⁴⁵ Por.: W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 58–59. Autor stwierdził tam, że „ten sam czyn, jeżeli chodzi o jego ogólną charakterystykę może być w pewnym kontekście społecznym wolny od społecznie ujemnej oceny i jest rzeczą wykluczoną ustawić pewien typ czynu pozytywnie tak, by on chwycił wyłącznie zdarzenia społecznie niebezpieczne. To zaś znaczy, że konieczne powiązanie czynu typizowanego ze społecznie ujemną oceną możliwe jest jedynie przez zanegowanie takich kontekstów społecznych, które takiemu czynowi odbierają ujemny społecznie charakter. W ten sposób powstają kontratypy, same dla siebie niemające żadnego sensu, a nabierające znaczenia jedynie jako korektory nieuniknionych niedociągnięć w powiązaniu typów czynów z ich społecznie ujemną wartością. Mogą one wystąpić w związku z jakimś szczególnym typem przestępnym czynu, mogą również odnosić się do całych grup typów, a wtedy przechodzą one do części ogólnej prawa karnego”.

że mają one swoje źródło w przepisach konstytucyjnych⁴⁶, czy też w łączących Polskę umowach międzynarodowych. Takie uzasadnienie tworzenia kontratypów, które nie zostały zdefiniowane w ustawie, prowadzi zwolenników tego stanowiska do wewnętrznej sprzeczności, bowiem poszukiwanie źródła ich pochodzenia w przepisach konstytucyjnych jest w rzeczywistości poszukiwaniem podstawy ustawowej.

Przy przyjęciu, że wykluczone jest tworzenie kontratypów pozaustawowych, rozważanie sytuacji, w której sprawca popełnia czyn zabroniony opisany w art. 303 p.w.p. będąc jednak przekonany, że jego zachowanie mieści się w granicach prawa (art. 69, 71, 75 i 935 ust. 2 p.w.p.), powoduje konieczność ustalenia, czy sprawca działał w błędzie, a zatem czy jego działanie było pozbawione cech umyślności, a jeśli tak, to jaki charakter miał ten błąd.

Zachowania sprawcy działającego w przekonaniu, że podejmowane działania mieszczą się w granicach dozwolonego użytku (art. 69 p.w.p.) albo w ramach legitymacji wynikającej z uprawnień użytkownika uprzedniego (art. 71 p.w.p.), następczego (art. 75 p.w.p.) lub odstępstwa rolnego (art. 935 ust. 2 p.w.p.), ze względu na zamknięty i ustawowo określony katalog kontratypów, nie można uznać za działanie w ramach błędu co do kontratypu. Niezależnie od tego podkreślić należy, że aby uznać dane zachowanie jako podjęte w takich okolicznościach, że można rozważać zaistnienie kontratypu, musi być ono pierwotnie bezprawne. Oznacza to, że od braku bezprawności wynikającego z braku naruszenia normy sankcjonowanej należy odróżnić sytuację, w której brak bezprawności wynika ze szczególnych okoliczności usprawiedliwiających naruszenie normy sankcjonowanej. Konieczne jest więc postawienie granicy pomiędzy czynami pierwotnie legalnymi, czyli nienaruszającymi normy sankcjonowanej, a tymi które właśnie dzięki zastosowaniu instytucji kontratypu zyskują tzw. wtórną legalność.

Istota kontratypu nie polega na tym, że z punktu widzenia nakazów i zakazów zawartych w normie sankcjonowanej nic się nie stało. Istota kontratypu polega na tym, że to co się stało, jest złem, które w kontekście zaistniałych okoliczności znajduje usprawiedliwienie, gdyż jego spowodowanie zastępuje spowodowanie większego zła⁴⁷.

Ma to znaczenie dla oceny zachowań podjętych w ramach art. 69, 71, 65 oraz 93⁵ ust. 2 p.w.p. Ustawodawca przewidział, że czyny te mają charakter pierwotnie legalny, co oznacza, że należy wykluczyć możliwość uznania ich za rodzaj kontratypu, nawet przy przyjęciu dopuszczalności tworzenia kontratypów w ramach wykładni przepisów ustawowych oraz tworzenia kontratypów pozaustawowych. Wobec niedopuszczalności uznania, że działania podjęte w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu o tym, że są działaniami podjętymi w ramach ustawowych ograniczeń patentu, są działaniami w granicach błędu co do kontratypu, należy rozważyć możliwość uznania ich za mieszczące się w obszarze zachowań wypełniających znamiona błędu co do prawa.

W literaturze podkreśla się, że konieczne jest odróżnienie od siebie błędu co do okoliczności stanowiących znamiona uznanego przez dany porządek prawny kontratypu oraz błędu co do oceny ustalającej, czy jakaś sytuacja jest przez obowiązujący porządek

⁴⁶ Np. art. 73 Konstytucji RP w przypadku kontratypu sztuki i nauki.

⁴⁷ Zob.: A. Zoll, P. Kardas, *Polskie prawo karne...*, s. 341.

prawny traktowana jako kontratyp. W pierwszym wypadku sprawca w sposób nieprawidłowy odbiera okoliczność składającą się na przedmiot karnoprawnego wartościowania. Takiego błędu dotyczy art. 29 k.k. Natomiast w drugim wypadku sprawca prawidłowo odbiera rzeczywistość, błądzi jednak co do oceny prawnej tej prawidłowo odebranej rzeczywistości. Jest to więc błąd co do oceny prawnej i ma tu zastosowanie art. 30 k.k.⁴⁸ Tak też należy traktować działanie ewentualnego sprawcy, który działa w przekonaniu, że jego zachowanie jest dozwolone przez prawo (art. 69, 71, 75 i 935 ust. 2 p.w.p.), a zatem nie narusza cudzych uprawnień. Powoduje to, że jeśli przekonanie nie jest usprawiedliwione, to stanowi ono podstawę do przyjęcia braku popełnienia przestępstwa ze względu na błąd co do oceny prawnej i skutkujący nim brak winy sprawcy⁴⁹. Brak zawinienia po stronie sprawcy wyłącza odpowiedzialność karną za popełniony czyn⁵⁰.

IV. Wnioski

Dochodzenie roszczeń z tytułu naruszenia praw wynikających z przyznanej ochrony patentowej na ogół kojarzone jest z procesem cywilnym, gdzie główne znaczenie ma rekompensata za poniesioną szkodę. Obecnie w polskim prawie pokrzywdzony – poszkodowany może dochodzić swoich praw na drodze cywilnej, karnej, albo nawet połączyć te dwa sposoby ochrony. Niewątpliwą zaletą procesu karnego jest jego znaczne ułatwienie dla poszkodowanego – pokrzywdzonego, ze względu na to, iż jest on mniej wymagający niż proces cywilny. Pokrzywdzony – poszkodowany może w procesie karnym nie tylko dochodzić odpowiedzialności karnej za popełnione czyny naruszającego jego prawa, ale również żądać naprawienia poniesionej szkody⁵¹. Wobec tego, ochronie wynalazku biotechnologicznego przewidzianej na gruncie prawa karnego nie można odmówić pewnych zalet.

Oceniając jednak zasadność dwutorowej regulacji ochrony wynalazków biotechnologicznych należy uwzględnić także rzeczywiste funkcjonowanie danej regulacji oraz jej potencjalne konsekwencje.

Fakt, że ochrona patentowa materiału biologicznego ma charakter absolutny, co oznacza, że obejmuje swym zakresem produkt jako taki, bez względu na ilość zastosowań wskazanych przez zgłaszającego, powoduje szereg wątpliwości co do form biologicznych objętych patentem, a w konsekwencji niepewność w zakresie jego hipotetycznych naruszeń. Dodatkowa penalizacja zachowań stanowiących naruszenie tych praw wydaje się wobec tego regulacją nadmierną i niespełniającą swojej funkcji. Zachowania obiektywnie powodujące naruszenie praw wynikających z ochrony wynalazku biotechnologicznego, nie zawsze będą działaniami podjętymi świadomie i ukierunkowanymi na wkroczenie w sferę cudzych uprawnień. Zazwyczaj będą to działania cechujące się nieumyślnością wynikającą z braku świadomości co do przedmiotu

⁴⁸ Zob.: A. Zoll [w:] *Kodeks karny...*, komentarz do art. 28, teza 9, LEX/el.

⁴⁹ Zob.: postanowienie SN z dnia 14 maja 2003 r., II KK 331/02.

⁵⁰ Zob.: art. 1 § 3 k.k.

⁵¹ Zob.: art. 46 k.k. oraz art. 49 k.p.k.

ochrony, a w szczególności jej zakresu. Wynika to ze specyfiki materiału biologicznego, który w wyniku reprodukcji może dostarczyć nam formę biologiczną różniącą się istotnie od macierzystej, jednak powielającą w mniejszym lub większym stopniu jej cechy charakterystyczne. Wobec tego, sprawca naruszenia w większości przypadków nie jest świadomy rzeczywistego znaczenia swoich czynów oraz dokonanego przewinienia. Wobec tego, że ustawa prawo własności przemysłowej przewiduje możliwość popełnienia przestępstwa przywłaszczenia autorstwa wyłącznie w formie umyślnej, to ze względu na brak realizacji znamion strony podmiotowej przestępstwa, ocena zachowania wkraczającego w sferę praw twórcy oraz uprawnionego z patentu, z punktu widzenia prawa karnego zostaje wykluczona. W przypadku wynalazków biotechnologicznych wykluczenie odpowiedzialności karnej z uwagi na brak realizacji znamion strony podmiotowej przestępstwa opisanego w art. 303 p.w.p. jest na tyle częste i występuje w tak dużej ilości przypadków, że przedmiotowa regulacja jest przepisem martwym, tworzącym ochronę o charakterze iluzorycznym.

Krytyce należy poddać także redakcję samego przepisu. Wątpliwości budzi ust. 1 omawianego artykułu, który przewiduje penalizację zachowań, które „w inny sposób naruszają prawa twórcy projektu wynalazczego”. Taka konstrukcja jest sprzeczna z jedną z podstawowych zasad prawa karnego, czyli postulatem określoności ustawowej przestępstwa, wynikającej z konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege*⁵². Tak opisany typ czynu zabronionego jest pozbawiony znamion, które można ewentualnie interpretować w drodze wykładni innych przepisów. Rozpoznanie zespołu znamion tego przestępstwa może być jednak dla zwykłego obywatela, cechującego się niskim poziomem świadomości prawnej, wyjątkowo trudne. Wobec tego, regulacji tej bez wątpienia nie można przypisać przymiotu transparentności. W tym kontekście podkreślenia wymaga, jak wskazał Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 19 czerwca 1992 r., że

przepisy prawne muszą bowiem stwarzać obywatelowi (podmiotowi odpowiedzialności karnej) możliwość uprzedniego i dokładnego rozeznania, jakie mogą być prawnokarne konsekwencje jego postępowania. Materialne elementy czynu, uznanego za przestępny, muszą więc być zdefiniowane w ustawie (zgodnie z konstytucyjną zasadą wyłączności ustawy) w sposób kompletny, precyzyjny i jednoznaczny (...) ⁵³.

Omawiany przepis niewątpliwie nie spełnia tych kryteriów ze względu na redakcję przepisu oraz, w przypadku wynalazków biotechnologicznych, trudności w zdefiniowaniu przedmiotu czynności wykonawczej.

Negatywnie trzeba również ocenić aspekt ogólnoprewencyjny omawianej regulacji. Ze względu na to, że nie spełnia ona swojej podstawowej funkcji i jest prawem martwym, jej głównym zadaniem jest jedynie tak naprawdę odstraszenie od podejmowania działań potencjalnie naruszających prawa do „ojcostwa” wynalazku oraz uprawnienia wynikające z patentu. Nie pozostaje to jednak w zgodzie z kierunkiem zmian postulowanych w nauce prawa karnego oraz zaleceniu skupienia uwagi na pozytywnej

⁵² Zob.: art. 42 Konstytucji RP.

⁵³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 czerwca 1992 r., U 6/92.

odmianie prewencji ogólnej, polegającej na kształtowaniu pożądanych wyobrażeń społeczeństwa na temat prawa karnego, o konieczności jego przestrzegania oraz budowaniu jego autorytetu. Nie należy zapominać, że w przypadku absolutnego ujęcia zakresu ochrony wynalazku biotechnologicznego i połączenia jej dodatkowo z prewencyjnym nałożeniem sankcji karnych, może skutkować ograniczeniem i zahamowaniem rozwoju pewnych dziedzin nauki i techniki.

Wobec tego należy uznać, że karnoprawna ochrona w przypadku wynalazków biotechnologicznych, przy tak szerokim ujęciu praw wynikających z patentu, jest rozwiązaniem bezcelowym. Nie spełnia ona swojej funkcji, prowadząc potencjalnie do zakłócenia badań naukowych. Prowadzi to również do wniosku, że ochrona przewidziana na drodze cywilnej jest wystarczająca dla zapewnienia możliwości dochodzenia praw i roszczeń przez osoby poszkodowane na skutek wkroczenia w sferę ich uprawnień związanych z patentem na wynalazek biotechnologiczny.

* * *

Particular Scope of the Biotechnological Invention Patent Protection Considered in Relation To the Usurpation of Another Person's Inventive Project

The article concerns an impact of the absolute biotechnological invention patent protection for an execution of the criminal offence features of an inventive project misappropriation. The aim of the article was to analyse the ability of a biological material to self-reproduce and resulting from it doubts about the actual subject of the patent protection. It is also focused on a possible patent infringement, the perpetrator's awareness of the action taken and of the execution of features described as a criminal offence in article 303 of Industrial Property Act. Because of the problem with an identification of the protected subject in biotechnological invention, the perpetrator's awareness may be reduced or even totally disabled. Consequently, a large number of cases leads to the elimination of criminal responsibility for violation of the inventors' rights. According to all above, it was reasonable to consider the purpose of the behaviour criminalization currently described in the article 303 of Industrial Property Act, as well as the doubled- civil and criminal- protection of the rights resulting from the patent for the biotechnological protection.

Key words: patent protection scope, biotechnological invention, inventive project usurpation